



**Universidade do Porto**

**Faculdade de Direito**

**NATALIA MASCARENHAS SIMÕES**

**A RECEPÇÃO DO INSTITUTO DA ENTREGA AO TRIBUNAL PENAL  
INTERNACIONAL NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS BRASILEIRO E  
PORTUGUÊS.**

**Mestrado em Direito em Ciências Jurídico-  
Políticas pela Faculdade de Direito da  
Universidade do Porto, sob a orientação da  
Professora Doutora Cristina Queiroz e co-  
orientação do Professor Doutor Pedro Caeiro.**

**2010**

**NATALIA MASCARENHAS SIMÕES**

**A RECEPÇÃO DO INSTITUTO DA ENTREGA AO TRIBUNAL PENAL  
INTERNACIONAL NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS BRASILEIRO E  
PORTUGUÊS.**

**Mestrado em Direito em Ciências Jurídico-  
Políticas pela Faculdade de Direito da  
Universidade do Porto, sob a orientação da  
Professora Doutora Cristina Queiroz e co-  
orientação do Professor Doutor Pedro Caeiro.**

**2010**

A Deus

e

A meus pais,

Roberto Simões e Maria de Fátima Simões.

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, pelo dom da vida e pela força nesta etapa de minha vida.

Aos meus pais, Roberto Simões e Fátima Simões, pelos seus incansáveis momentos de ajuda, pela paciência e pelo amor imensurável.

Ao meu irmão, Rodolfo Simões, pelo carinho e consideração.

Ao Rafael Bentes, pela compreensão, dedicação, companheirismo, participação e apoio a esta tese de Mestrado.

À Faculdade de Direito da Universidade do Porto, pelo acolhimento e ensinamentos durante o curso de Mestrado em Direito.

À orientadora Professora Doutora Cristina Queiroz, que, muito atarefada, sempre concedia um tempo para me orientar e me ajudar no que fosse possível.

Ao co-orientador Professor Doutor Pedro Caeiro, pelas importantes orientações e pelos conselhos concedidos.

Ao Procurador da República do Ministério Público Federal, Seção do Estado do Pará-Brasil, Dr. Ubiratan Gazeta, que, no meio de tantas atribuições e responsabilidades, contribuiu para a idéia inicial desta tese e para toda a minha vida acadêmica.

Aos funcionários da biblioteca da Procuradoria Geral da República, em Lisboa, pela reserva de material bibliográfico e disponibilização de documentação.

Aos funcionários da biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa e da Ordem dos Advogados de Portugal, em Lisboa.

À Melina Martinho e à Renata Benigno, pela companhia e pelo apoio durante a estadia e os estudos em Portugal.

Aos amigos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em especial, o Juiz Federal da Seção Judiciária do Estado da Paraíba, Bruno Paiva, pelo apoio e pelo material concedido.

Às minhas verdadeiras amigas, que sempre me deram apoio nos momentos de aflições e de dúvidas.

E a todas as pessoas queridas que me ajudaram direta ou indiretamente para esta tese de Mestrado.

## RESUMO

A partir do século XIX, com a elevação do princípio da dignidade da pessoa humana, o ser humano passa a ser sujeito de direitos e obrigações no Direito Internacional, tendo por consequência a Responsabilidade Penal Internacional do indivíduo concretizada nos Tribunais Penais Internacionais. Em Julho de 1998, na Conferência Diplomática de Plenipotenciários das Nações Unidas, foi aprovado para adoção o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional com jurisdição criminal permanente, dotado de personalidade jurídica própria, para repressão e punição dos crimes internacionais. Entretanto, uma das questões ainda sem solução no ordenamento jurídico brasileiro e português é a aplicabilidade do procedimento de entrega de acusados, visto que ratificaram o diploma no sentido de cooperar internacionalmente com o Tribunal Penal Internacional. O procedimento de entrega para muitos doutrinadores é o instituto da extradição com nomenclatura diversa, incompatível com a Constituição Federal de 1988 e com a Constituição da República Portuguesa de 1976. Dentre os argumentos que justificam as incompatibilidades estão relacionados com a jurisdição internacional e o conceito de soberania, assim como às normas proibitivas de extradição de nacionais e das referentes às imunidades diplomáticas, crimes políticos ou por motivação política, previsão de prisão perpétua e da imprescritibilidade dos crimes previstos no diploma. Contudo, demonstrar-se-á a possibilidade de superação destas aparentes incompatibilidades através da interpretação legislativa e dos precedentes históricos, bem como a necessidade de legislação interna que regule este procedimento.

**Palavras-chave:** Direito Internacional, Direito Internacional Penal, Responsabilidade Internacional Penal do Indivíduo, Estatuto de Roma, Tribunal Penal Internacional, Extradição, Entrega, Aparentes incompatibilidades com a Constituição Brasileira de 1988 e com a Constituição Portuguesa de 1976.

## **ABSTRACT**

From the nineteenth century with the rise of the principle of human dignity, the human being becomes a subject of rights and obligations under international law, and consequently to the International Criminal Responsibility of the individual achieved the International Criminal Tribunals. In July 1998, at the Diplomatic Conference of Plenipotentiaries of the United Nations approved the Rome Statute of the International Criminal Court with permanent criminal court, with legal personality, the suppression and punishment of international crimes. However, of the issues still unresolved in the Brazilian legal and Portuguese is the applicability of the delivery charges, since ratified the statute to cooperate internationally with the International Criminal Court. The surrender procedure for many scholars is the institution of extradition with different naming conflicts with the Constitution of 1988 and the Portuguese Constitution of 1976. Among the explanations for the inconsistencies are related to international jurisdiction and the concept of sovereignty, as well as rules prohibiting extradition of nationals and relating to diplomatic immunity, political crimes or politically motivated, provision for life imprisonment and the reprobation of the crimes for in law. However, prove to be the possibility of overcoming these apparent inconsistencies by interpreting the legislative and historical precedent, as well as the need for national legislation to regulate this procedure.

**Keywords: International Law, International Criminal Law, International Criminal Responsibility of Individuals, the Rome Statute, International Criminal Court, Extradition, Surrender, Apparent inconsistencies with the 1988 Brazilian Constitution and the Portuguese Constitution of 1976.**

## **SIGLAS E ABREVIATURAS**

|       |   |
|-------|---|
| CDI   | Comissão de Direito Internacional                           |
| CNU   | Carta das Nações Unidas                                     |
| CRB   | Constituição da República Brasileira                        |
| CRP   | Constituição da República Portuguesa                        |
| CS    | Conselho de Segurança das Nações Unidas                     |
| DUDH  | Declaração Universal dos Direitos do Homem                  |
| ETIJ  | Estatuto do Tribunal Penal Internacional (permanente)       |
| ETPIJ | Estatuto do Tribunal Penal Internacional para ex-Iugoslávia |
| ETPIR | Estatuto do Tribunal Penal Internacional para o Ruanda      |
| ONU   | Organização das Nações Unidas                               |
| TMI   | Tribunal Militar Internacional (de Nurembergue)             |
| TMIEO | Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente       |
| TPI   | Tribunal Penal Internacional (permanente)                   |
| TPIJ  | Tribunal Penal Internacional para ex-Iugoslávia             |
| TPIR  | Tribunal Penal Internacional para o Ruanda                  |
| TPJI  | Tribunal Permanente de Justiça Internacional                |
| UPC   | União dos Patriotas Congolese                               |

## SUMÁRIO

|   |           |
|---|-----------|
| <b>INTRODUÇÃO.....</b>  | <b>13</b> |
| <b>1. Determinação do problema a investigar.....</b>  | <b>13</b> |
| <b>2. Método de investigação.....</b>   | <b>14</b> |
| <b>3. Estrutura da investigação.....</b>  | <b>15</b> |
| <br>  |           |
| <b>CAPÍTULO I - O instituto jurídico da Extradicação.....</b>                                   | <b>18</b> |
| <b>1. Evolução Histórica: Definição, Fundamentos e natureza jurídica da<br/>extradição.....</b> | <b>18</b> |
| <b>1.1 O Ordenamento jurídico latino-americano e brasileiro.....</b>                            | <b>20</b> |
| 1.1.1 A extradicação de nacionais brasileiros.....  | 23        |
| 1.1.2 Extradicação por motivos políticos ou crime de natureza política.....                     | 23        |
| 1.1.3 Imunidades no direito brasileiro.....   | 25        |
| 1.1.4 Extradicação em caso de pena de prisão perpétua ou de pena de morte.....                  | 27        |
| 1.1.5 Extinção da punibilidade: proibição da extradicação no caso de crimes prescritos.         | 28        |
| <b>1.2 O ordenamento jurídico europeu e português.....</b>                                      | <b>28</b> |
| 1.2.1 A extradicação de nacionais portugueses.....  | 32        |
| 1.2.2 Extradicação por motivos políticos ou crime de natureza política.....                     | 33        |
| 1.2.3 Imunidade proibitiva da extradicação no direito português.....                            | 34        |



|  |    |
|--|----|
| 1.2.4 Pena de prisão perpétua, de morte e que resulte lesão irreversível da integridade da pessoa..... | 36 |
|--|----|

|   |    |
|---|----|
| 1.2.5 Extinção da punibilidade: proibição da extradição no caso de crimes prescritos. | 38 |
|---|----|

|  |           |
|--|-----------|
| <b>CAPÍTULO II - Direito Internacional e Direito Internacional Penal: As controvérsias na incorporação do Tratado de Roma no ordenamento jurídico português e no brasileiro.....</b> | <b>40</b> |
|--|-----------|

|  |           |
|--|-----------|
| <b>1. Direito Internacional: A incorporação dos Tratados Internacionais no ordenamento jurídico interno.....</b> | <b>40</b> |
|--|-----------|

|  |    |
|--|----|
| 1.1 Direito Internacional Penal: A Responsabilidade Internacional Penal do Indivíduo e os Tribunais Penais Internacionais..... | 44 |
|--|----|

|   |    |
|---|----|
| 1.2 O Tribunal Penal Internacional: Fundamentos e principais controvérsias do Estatuto de Roma..... | 52 |
|---|----|

|  |           |
|--|-----------|
| <b>2. Aparentes incompatibilidades entre o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional e o ordenamento jurídico brasileiro e português: Instituto da entrega e o da extradição.....</b> | <b>54</b> |
|--|-----------|

|   |    |
|---|----|
| 2.1. O princípio da soberania e a jurisdição do Tribunal Penal Internacional..... | 57 |
|---|----|

|   |    |
|---|----|
| 2.2 Primeiro requisito para aplicação do instituto da entrega no ordenamento interno: A entrega de nacionais..... | 60 |
|---|----|

|   |    |
|---|----|
| 2.3. A difícil conceituação do que seja crime político e crime comum..... | 62 |
|---|----|

|  |    |
|--|----|
| 2.4 A impossibilidade de invocação, por chefe de Estado, de sua imunidade de jurisdição em face do Tribunal Penal Internacional..... | 65 |
|--|----|

|  |    |
|--|----|
| 2.5 A previsão de pena de prisão perpétua no Estatuto de Roma..... | 67 |
|--|----|

|  |    |
|--|----|
| 2.6 A imprescritibilidade dos crimes prevista no Estatuto de Roma..... | 70 |
|--|----|

|   |               |
|---|---------------|
| <b>3. Inconstitucionalidade do Estatuto de Roma.....</b>  | <b>71</b>     |
| <br><b>CAPÍTULO III - Superação dos pontos divergentes entre a extradição e pedido de entrega previsto no Estatuto de Roma.....</b> | <br><b>76</b> |
| <b>1. A vedação de reserva prevista no Estatuto de Roma.....</b>  | <b>76</b>     |
| <b>2. Superação das incompatibilidades do Estatuto de Roma perante o ordenamento jurídico brasileiro e o português.....</b>         | <b>77</b>     |
| 2.1 Princípios da Cooperação Internacional e da Complementaridade.....  | 79            |
| 2.2. Abrandamento da soberania.....   | 84            |
| 2.3 A entrega de nacionais: Jurisprudência Portuguesa e Brasileira.....   | 86            |
| 2.4 A entrega por motivo de crime político ou crime por motivação política.....   | 91            |
| 2.5 A necessidade do levantamento das imunidades.....   | 94            |
| 2.6 A pena de prisão perpétua e a imprescritibilidade dos crimes no Estatuto de Roma.....   | 101           |
| 2.6.1 A questão da prisão perpétua.....   | 101           |
| 2.6.2 A questão da imprescritibilidade.....   | 107           |
| 2.7 A ponderação de bens: prevalência da norma mais favorável à vítima – Humanidade.....  | 109           |
| <b>3. Aplicabilidade do Estatuto de Roma.....</b>   | <b>111</b>    |
| 3.1 A Revisão Extraordinária de 2001 na Constituição da República Portuguesa e a Lei n.º 31/2004 de 22 de Julho.....                | 111           |

|  |     |
|--|-----|
| 3.2 A Emenda Constitucional nº45/2004 que instituiu o §4º no artigo 5º da Constituição Federal Brasileira de 1988, o Anteprojeto de Lei de Cooperação Jurídica Internacional de abril de 2004 e o Anteprojeto de Lei PL n. 4.038/2008..... | 114 |
|--|-----|

|  |            |
|--|------------|
| <b>CAPÍTULO IV - Os primeiros casos do Tribunal Penal Internacional.....</b> | <b>117</b> |
|--|------------|

|  |            |
|--|------------|
| <b>1. Casos ocorridos na República Democrática do Congo e na República Central Africana.....</b> | <b>117</b> |
|--|------------|

|  |            |
|--|------------|
| <b>2. Casos ocorridos na Região do Darfur: Primeiro pedido de detenção e entrega do Presidente do Sudão, Omar al-Bashir do Tribunal Penal Internacional ao Governo Brasileiro.....</b> | <b>119</b> |
|--|------------|

|  |     |
|--|-----|
| 2.1 A análise do primeiro pedido de entrega pelo Tribunal Penal Internacional ao Brasil..... | 122 |
|--|-----|

|  |     |
|--|-----|
| 2.2 A Decisão do Supremo Tribunal Federal brasileiro: há inconstitucionalidade?..... | 122 |
|--|-----|

|                       |            |
|-----------------------|------------|
| <b>CONCLUSÃO.....</b> | <b>129</b> |
|-----------------------|------------|

|                          |            |
|--------------------------|------------|
| <b>BIBLIOGRAFIA.....</b> | <b>141</b> |
|--------------------------|------------|

|   |            |
|---|------------|
| <b>1. Livros, artigos e revistas.....</b> | <b>141</b> |
|---|------------|

|                           |            |
|---------------------------|------------|
| <b>2. Legislação.....</b> | <b>153</b> |
|---------------------------|------------|

|                               |            |
|-------------------------------|------------|
| <b>3. Jurisprudência.....</b> | <b>153</b> |
|-------------------------------|------------|

|  |            |
|--|------------|
| <b>4. Sítios da <i>internet</i>.....</b> | <b>155</b> |
|--|------------|

1. Presidency and Chambers.
2. The ICC at a Glance.
3. Victims before the Court.
4. The Judges of the Court.
5. The Registry.
6. Office of the Prosecutor.
7. Case Jean-Pierre Bemba Gombo n° ICC-01/05-01/08.
8. Case Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui n° ICC-01/04-01/07.
9. Case Thomas Lubanga Dyilo n° ICC-01/04-01/06.
10. Case Ahmad Muhammad Harun (“Ahmad Harun”) and Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman (“Ali Kushayb”) n° ICC-01/05-01/08.
11. Case Bahar Idriss Abu Garda n° ICC-02/05-02/09.
12. Case Omar Hassan Ahmad Al Bashir (“Omar Al Bashir”) n° ICC-02/05-01/09.

## INTRODUÇÃO

### 1. Determinação do problema a investigar

A importância de proteção da sociedade internacional e da dignidade da pessoa humana a partir do século XIX, o ser humano passa a ser sujeito de direitos e obrigações no Direito Internacional, tendo por consequência sua responsabilização penal internacional concretizada com a criação dos Tribunais Penais Internacionais. Nesta linha, em julho de 1998, na Conferência Diplomática de Plenipotenciários das Nações Unidas, aprovou para adoção o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional com jurisdição criminal permanente, dotado de personalidade jurídica própria, para repressão e punição dos crimes internacionais.

Entretanto, uma das questões ainda sem solução no ordenamento jurídico brasileiro e português é a aplicabilidade do procedimento de entrega previsto no Estatuto de Roma. Assim, a partir do primeiro pedido<sup>1</sup> de detenção e entrega do presidente da República do Sudão, Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Chefe de Estado em pleno exercício, ao Estado Brasileiro, o Ministro brasileiro, Celso de Mello, ressaltou haver "alta relevância do tema e a necessidade de discussão"<sup>2</sup> pelo Supremo Tribunal Federal.

Isto porque há grande dúvida por parte dos doutrinadores e juristas do ramo do Direito Internacional Público quanto à aplicação e incorporação dos dispositivos do Estatuto de Roma ao ordenamento jurídico interno brasileiro, nomeadamente quanto ao caráter supra-estatal desse organismo judiciário; à competência deste tribunal nacional para examinar este pedido de cooperação internacional; e à compatibilidade de determinadas cláusulas do Estatuto em face da Constituição brasileira.

O estudo desperta interesse para a sistematização da matéria e para o aprimoramento da incorporação e aplicabilidade do instituto da entrega previsto no Estatuto de Roma no ordenamento jurídico brasileiro e no português, ao apontar algumas de suas aparentes incompatibilidades e possíveis soluções para a questão. Tais soluções são importantes para os juristas, para o ordenamento jurídico brasileiro e português pela contribuição que o Tribunal

---

<sup>1</sup> Pedido realizado Pelo Tribunal Penal Internacional dirigido ao Itamaraty e encaminhado ao Supremo Tribunal Federal por meio da petição n. 4.625/República do Sudão.

<sup>2</sup> Decisão prolatada pelo Ministro Celso de Mello publicada no DJE de 4.8.2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=Sud%E3o&base=baseInformativo>. Acesso em 16 de Agosto de 2009.

Penal Internacional oferece à Comunidade Internacional na punição de crimes contra os Direitos Humanos cometidos por Chefes de Estado. Acredita-se que a matéria será objeto de mais discussões no âmbito do Poder Judiciário Brasileiro, assim como no ordenamento jurídico Português<sup>3</sup>.

Brasil e Portugal ratificaram o Tratado de Roma no sentido de cooperar internacionalmente com o Tribunal Penal Internacional, porém ainda não regulamentaram<sup>4</sup> o procedimento de entrega que, para muitos doutrinadores, é o instituto da extradição com nomenclatura diversa, portanto, incompatível com a Constituição Federal de 1988 e com a Constituição da República Portuguesa de 1976. Dentre os argumentos que justificam as incompatibilidades estão relacionados com a jurisdição internacional e o conceito de soberania, assim como as normas proibitivas de extradição de nacionais e das referentes às imunidades diplomáticas e pessoais, crimes políticos ou por motivação política, previsão de prisão perpétua e da imprescritibilidade dos crimes previstos no Estatuto de Roma.

Entretanto, outros juristas afirmam que a inaplicabilidade deste instituto é anular os princípios da cooperação plena e da não recusa pelos Estados Partes do procedimento de entrega ao Tribunal Penal Internacional. Questiona-se, pois, uma possível inconstitucionalidade intrínseca<sup>5</sup> ou inaplicabilidade do instituto da entrega previsto no Estatuto de Roma, tendo em vista que não há previsão no ordenamento jurídico interno brasileiro e no português. Apenas a partir da Lei n.º 31/2004 de 22 de Julho é que adapta a legislação penal portuguesa ao Estatuto do Tribunal Penal Internacional, tipificando as condutas que constituem crimes de violação do direito internacional humanitário e altera o artigo 17.<sup>a</sup> do Código Penal Português, porém não regulamenta o instituto da entrega.

## 2. Método de investigação

---

<sup>3</sup> A incorporação do instituto da entrega previsto no Estatuto de Roma ao ordenamento jurídico português obteve êxito com a inserção do artigo 7º, inciso 7 da Constituição Portuguesa.

<sup>4</sup> O primeiro Grupo de Trabalho instalado pelo Ministério da Justiça apresentou um anteprojeto em 2002. Porém em razão de mudanças sugeridas pela Casa Civil, a Secretaria Especial de Direitos Humanos nomeou novo Grupo, em maio de 2004, que até hoje não concluiu seus trabalhos.

<sup>5</sup> “O tratado, apesar de formalmente ter respeitado todo o procedimento constitucional de conclusão estabelecido pelo direito interno, contém normas violadoras de dispositivos constitucionais”. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *Tribunal Penal Internacional e o Direito Brasileiro*. 2ª edição, revisada, atualizada, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.

O estudo parte da pesquisa na doutrina, de casos internacionais e das decisões judiciais sobre extradição no ordenamento jurídico brasileiro e no português. Também será analisado o tema sob as quatro seguintes óticas: doutrina geral, legislação, doutrina específica e jurisprudência. Em um primeiro momento, a doutrina estudada remete às generalidades do instituto da extradição, posteriormente sobre o Estatuto de Roma e sobre a instituição do Tribunal Penal Internacional e seus dispositivos legais específicos.

A legislação em que o estudo foi pautado é a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, reiterada pela Segunda Conferência Mundial de Direitos Humanos, realizada em Viena no ano de 1993, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, o Convênio Europeu para a proteção dos Direitos Humanos de 1950, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, a Constituição Federal Brasileira de 1988, a Constituição da República Portuguesa de 1976, Leis de Cooperação Internacional, dentre outros diplomas, utilizando-se também como referencial a opinião da doutrina estabelecida no marco teórico da pesquisa.

Quanto à jurisprudência, é de grande valia a decisão do Ministro do Supremo Tribunal Federal brasileiro sobre o primeiro pedido de detenção e entrega de um Presidente da República em exercício. Por fim, a solução legislativa<sup>6</sup> adotada pelo ordenamento jurídico português e as discussões pelos juristas brasileiros e portugueses contribui à formação de um juízo adequado em relação ao tema central da pesquisa, afastando-se da possibilidade de se chegar a uma conclusão inexata que se poderia alcançar se o estudo restringir-se somente à legislação.

### 3. Estrutura da investigação

O desiderato da pesquisa que se pretende desenvolver é o estudo do pedido de entrega previsto no Estatuto de Roma, sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro e no português, visto que não há regulamentação precisa do instituto. Será analisado se este instituto é uma forma de extradição, formulando as incompatibilidades entre aquele instituto e este, conforme os requisitos previstos na Constituição Federal de 1988 e na Constituição Portuguesa de 1976.

---

<sup>6</sup> Analisar a Lei nº 65/2003 que aprova o regime jurídico do mandado de detenção europeu e menciona procedimentos de entrega ao Tribunal Penal Internacional.

O primeiro capítulo tem por escopo estudar o instituto da extradição previsto no Direito Internacional e no ordenamento jurídico Brasileiro e Português; sua evolução histórica e fundamentos e por fim, sua previsão no ordenamento jurídico internacional e interno relacionado às normas proibitivas de extradição de nacionais, de extradição de pessoas que cometeram crimes políticos ou por motivação política, de Chefes de Estado em razão de suas imunidades, e dos casos em que há previsão de pena de caráter perpétua ou pena de morte e em casos de crimes imprescritíveis.

No capítulo subsequente englobará a análise do Direito Internacional e do Direito Internacional Penal e as controvérsias na incorporação do Estatuto de Roma no ordenamento jurídico português e no brasileiro. Abordará também a incorporação dos Tratados Internacionais no ordenamento jurídico interno e suas implicações, centrando-se na Responsabilidade Internacional Penal do indivíduo, foco principal dos Tribunais Penais Internacionais, nomeadamente, do Tribunal Penal Internacional - fundamentos e principais controvérsias na elaboração do Estatuto de Roma. Por fim, ocupar-se-á do problema das aparentes incompatibilidades entre o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional e o ordenamento jurídico brasileiro e português relacionadas ao instituto da entrega e o da extradição.

O terceiro capítulo, seguimento lógico da presente tese, trata da possibilidade de superação dos pontos divergentes entre a extradição e pedido de entrega previsto no Estatuto de Roma, principalmente diante da impossibilidade de os Estados estabelecerem reservas ao diploma. As incompatibilidades entre o ordenamento interno e o Estatuto podem ser sanadas pelo Princípio da Cooperação Internacional e da Complementaridade, assim como pela concepção de abrandamento do conceito de soberania. Dessa forma, explicitar-se-á a partir da doutrina e jurisprudência brasileira e portuguesa, a possibilidade de entrega de nacionais ao Tribunal Penal Internacional, assim como no caso de pedidos formulados por motivo de crime político ou crime por motivação política.

No mesmo capítulo demonstrar-se-á a necessidade do levantamento das imunidades de Direito Internacional para que Chefes de Estado, como o Presidente da República do Sudão, para que possam ser detidos, entregues, processados e julgados pelo Tribunal Penal Internacional. Ademais, explicitar-se-á que não são causas proibitivas da entrega a previsão de pena de prisão perpétua e a imprescritibilidade dos crimes do Estatuto de Roma. Finalmente, verificar-se-á que a partir da ponderação de bens ou de valores para a prevalência da norma mais favorável à vítima,



qual seja a Humanidade, a partir da Revisão Extraordinária de 2001, da Lei n.º 31/2004 de 22 de Julho no ordenamento jurídico português e da Emenda Constitucional nº45/2004 que instituiu o §4º no artigo 5º da Constituição Federal Brasileira de 1988, do Anteprojeto de Lei de Cooperação Jurídica Internacional de abril de 2004 e do Anteprojeto de Lei PL n. 4.038/2008, possibilitam a atuação do Tribunal Penal Internacional.

O ultimo capítulo relata os primeiros casos do Tribunal Penal Internacional ocorridos na República Democrática do Congo por atos praticados por Thomas Lubanga Dyilo, Germain Katanga e Mathieu Ngudjolo Chui, e na República Central Africana, por atos de Jeau-Pierre Bemba Gombo. Bem como os ocorridos na Região do Darfur por Ahmad Muhammad Harun “Ahmad Harun” e Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman “Ali Kushayb” e Bahar Idriss Abu Garda, principalmente o que ensejou no primeiro pedido de detenção e entrega do Presidente do Sudão, Omar Hassan Ahmad Al Bashir, “Omar Al Bashir” dirigido ao Governo Brasileiro, o qual foi apreciado na decisão do Ministro Celso de Mello do Supremo Tribunal Federal que exalta a importância do tema para discussão.

Por último, formular-se-á a conclusão que evidentemente não terá quaisquer pretensões de exarar verdades definitivas que pudessem ser aplicadas e interpretadas por outrem, pois será estabelecida sempre em respeito às opiniões doutrinárias contrárias, mas em defesa da aplicabilidade do instituto da entrega previsto no Tribunal Penal Internacional como um dos mecanismos de repressão e punição dos crimes de genocídio, crimes de guerra, crimes contra a humanidade e crimes de agressão e de proteção universal dos Direitos Humanos.

## Capítulo I. O instituto jurídico da Extradicação

### 1. Evolução Histórica: Definição, Fundamentos e natureza jurídica da extradicação

A extradicação constitui um dos mais antigos instrumentos de cooperação internacional nas civilizações antigas, quando uma tribo, povo ou nação realizava a entrega de um indivíduo fugitivo para outra tribo, povo ou nação. Também se verifica nas diferentes passagens da Bíblia, assim como no Antigo Egito e na Grécia Clássica. Contudo, este instrumento adquire pela primeira vez natureza judicial na Roma Imperial nas normas permanentes de legalidade interna, que estabeleciam a entrega do agressor de um embaixador ao Estado que este representava independente de ser ou não cidadão romano, e cabia ao tribunal dos Recuperadores decidir sobre a entrega e não ao Governo, deixando de ter caráter político<sup>7</sup>.

Na Idade Média, o Tratado de Andelot e os Tratados de 1174 e 1303 justificavam a extradicação ainda por razões políticas, com base em soluções normativas e convencionais. Entretanto, com o Tratado de quatro de março de 1376, celebrado em França, nasce a idéia de reciprocidade e de repressão da delinquência de forma mais jurídica do que política<sup>8</sup>.

No século XVII, com Hugo Grotius, considerado um dos fundadores do Direito Internacional Público, se verifica o tratamento jurídico mais consistente da extradicação, visto que defendia a obrigação geral e internacional de cada Estado de extraditar ou de punir, sem que o Estado onde o defensor estivesse refugiado, pudesse impedir o exercício deste direito, ou o punia, ou o entregava.

Posteriormente, no século XIX passa-se a usar a expressão “extradicação” sendo colocado a serviço da defesa de interesses éticos e jurídicos da comunidade internacional, deixando de ser aplicado aos delitos políticos<sup>9</sup>. Nesta linha evolutiva, surge a primeira lei interna sobre este instituto na Bélgica em primeiro de outubro de 1833, que posteriormente celebra o primeiro tratado de extradicação com a França, no qual excluía a possibilidade de entrega por delitos de caráter político e outros crimes conexos, mitigado por outra lei em 1856<sup>10</sup>.

Assim, atualmente na definição de Canotilho e Vital Moreira extradicação é a transferência de um indivíduo que se encontra no território de um Estado para as autoridades de outro Estado, a

---

<sup>7</sup> SERRANO, Mário Mendes. *Extradicação: regime e prática in Cooperação Internacional Penal: Extradicação – Transferência de Pessoas Condenadas*. Volume I, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 2000, pp. 15 – 17.

<sup>8</sup> *Idem*.

<sup>9</sup> *Ibid*, pp. 18 – 19.

<sup>10</sup> *Ibid*, p. 19.

solicitação deste, por aí se encontrar argüido ou condenado pela prática de um crime, sendo entregue às autoridades desse Estado<sup>11</sup>.

Nesse sentido, Accioly afirma ser “o ato pelo qual um Estado entrega um indivíduo acusado de fato delituoso ou já condenado como criminoso, à justiça de outro Estado, competente para julgá-lo e puni-lo”, bem como conclui ser um ato de soberania tanto do Estado que pede a extradição quanto do que decide a entrega, por meio do contato que se dá entre os governantes para o julgamento ou a punição do indivíduo<sup>12</sup>.

A extradição desde Hugo Grocio tem por fundamento uma noção de justiça e uma obrigação jurídica independentemente de Tratados, pautada no dever moral que os Estados possuem de prestar uma assistência mútua de combate aos delitos e punição dos criminosos<sup>13</sup>. O seu principal fundamento é o mesmo do direito internacional de punir, ou melhor, *do jus puniendi* dos Estados e da necessidade de defesa internacional<sup>14</sup>.

Outro fundamento jurídico de todo o pedido de extradição é a existência de um tratado entre dois países envolvidos, que a partir de determinados requisitos, será realizada a entrega do criminoso, tendo por objetivo resguardar a efetividade da lei penal do Estado requerente e de sua soberania<sup>15</sup>.

No âmbito do Direito Internacional, a obrigação geral de cooperação internacional para prevenção e repressão dos crimes internacionais se manifesta pelos deveres que os Estados têm de exercer o poder punitivo concreto sobre os agentes de crimes internacionais. Este poder pode ser verificado na concessão da extradição de agentes que praticaram crime fora do território estadual, conforme as convenções, os tratados, a reciprocidade ou até conveniência e oportunidade política<sup>16</sup>.

Portanto, a extradição é um atributo da soberania, é um ato internacional, é um instrumento de Cooperação Internacional no combate ao crime. Dessa forma, diante do seu

<sup>11</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 530.

<sup>12</sup> ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. 12ª edição, São Paulo, Saraiva, 1996, pp. 347 - 359.

<sup>13</sup> LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. *A Relação Extradicional no Direito Brasileiro*. Belo Horizonte, Editora Del Rey, 2001, p. 30.

<sup>14</sup> Assim conclui Bento de Faria e José Mendes in LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães, ob. cit., 2001, p. 32.

<sup>15</sup> REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público: Curso Elementar*. 11ª edição, revista e atualizada, São Paulo, Editora Saraiva, 2008, p. 197.

<sup>16</sup> CAEIRO, Pedro. *Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado: O caso Português*. Dissertação de Doutorado em Ciência Jurídico – Criminais, apresentada a Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2007, pp. 376 – 378.

caráter processual e de efeitos internacionais, Von Liszt<sup>17</sup> afirma ser um dever do Estado onde o delinqüente se refugia de extraditá-lo, sempre que estiver baseado em tratados especiais de extradição ou em outros acordos.

Atualmente, no ordenamento jurídico brasileiro e no português o procedimento da extradição possui elementos políticos, no que tange o ato de soberania concedido nas relações exteriores pelo Poder Executivo e elementos jurídicos, com base no ordenamento jurídico que estabelece normas e princípios de sua execução.

Assim, a maioria da doutrina entende ser um procedimento de natureza administrativa e judicial, indispensável diante da tutela dos Direitos Humanos, por meio do controle jurisdicional na obrigatoriedade e no respeito à decisão judicial e à cooperação internacional<sup>18</sup>.

### 1.1 O Ordenamento jurídico latino-americano e brasileiro.

O mais importante instrumento que regulamentou de forma detalhada o instituto da extradição foi o Código de Bustamante ou Código de Direito Internacional Americano, resultado de seis conferências, em que foram apresentadas regras de Direito Internacional Privado, a exemplo de direito civil, de direito comercial e de normas que regulassem as relações das nações americanas. Depois se discutiu as condições dos estrangeiros, a capacidade, a família, sucessões e conflitos das leis penais. Após muitas discussões, em 1927 adotou-se o projeto de Direito Internacional Privado proposto pelo jurista cubano Sánchez Bustamante<sup>19</sup>.

No dia 20 de fevereiro de 1928, quinze países da América (Brasil, Chile, Bolívia, Peru, Equador, Venezuela, Panamá, Nicarágua, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Haiti, República Dominicana e Cuba) aprovaram na Convenção de Havana o Código de Bustamante que regulamenta a extradição do artigo 344º ao 381º.

O Pacto de São José da Costa Rica de 1969 também estabelece princípios e normas de proteção ao estrangeiro entregue a outro Estado americano no respeito à Declaração Universal

---

<sup>17</sup> LISZT, Franz Von. *Apud* LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães, 2001, ob. cit. p. 50.

<sup>18</sup> LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães, 2001, ob. cit. p. 57.

<sup>19</sup> Artigo sobre o Código de Bustamante. Disponível em <http://www.advogado.adv.br>. Acesso em 7 de Janeiro de 2010.

dos Direitos Humanos, como dispõe o nº 8 do artigo 21º do diploma<sup>20</sup>. Assim, no interesse de evitar a impunidade de delitos, simplificar as formalidades e permitir a ajuda mútua em matéria penal, com base na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e na Declaração Universal dos Direitos Humanos, foi realizada a Convenção Interamericana de Extradição em 1981, a qual delimita todo o procedimento de cooperação entre os Estados americanos para a simplificação da extradição<sup>21</sup>.

No Brasil, desde o Império por força da Circular do Ministério dos Negócios estrangeiros<sup>22</sup>, em 1847, se aplicava à extradição um regime administrativo. Posteriormente, tratados específicos realizados pelo Brasil com Uruguai, Peru, Equador, Portugal<sup>23</sup> e Argentina, passam-se ao regime das convenções que estabeleciam a extradição para determinados tipos de delitos. Posteriormente, passou a abarcar todos os tipos de delitos e o processo de extradição era mais sumário, pois se realizava por via diplomática, sob o fundamento de reciprocidade entre os Estados, que foi extinto em 1911 por meio da Lei 2.416<sup>24</sup>.

Nesta linha, a Constituição Brasileira de 1934<sup>25</sup> revogou o princípio da reciprocidade, proibindo a entrega de nacional, também previsto nas outras constituições e no primeiro Estatuto do Estrangeiro em 1969, posteriormente na promulgação do Código de Bustamante pelo Decreto

<sup>20</sup> “Artigo 21 - Direito à propriedade privada. nº 8. Em nenhum caso o estrangeiro pode ser expulso ou entregue a outro país, seja ou não de origem, onde seu direito à vida ou à liberdade pessoal esteja em risco de violação em virtude de sua raça, nacionalidade, religião, condição social ou de suas opiniões políticas.”

<sup>21</sup> Convenção Interamericana sobre Extradição. Disponível em <http://www.oas.org/juridico>. Acesso em 7 de Janeiro de 2010.

<sup>22</sup> Circular do Ministério de Negócios Estrangeiros expedida pelo Barão de Cairu em 1847 em que firmava bases do Direito Brasileiro sobre a extradição. LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães, 2001, ob. cit. pp. 117-118. E FERNANDES, David Augusto. *Tribunal Penal Internacional: A concretização de um sonho*. Rio de Janeiro, São Paulo e Recife, Editora Renovar, 2006, p. 314.

<sup>23</sup> O primeiro documento provavelmente assinado pelo Brasil sobre a extradição foi a Convenção celebrada entre o Senhor D. Fernando, Regente em nome do Rei, e D. Pedro II, Imperador do Brasil, para a repressão e punição do crime de falsificação de moeda e papéis de crédito, com curso legal em cada um dos dois países, assinada em Lisboa a 12 de Janeiro de 1855, e ratificada por parte de Portugal em 11 de Outubro e pelo Brasil em 1º de Setembro. SALGADO, Anna Lúcia P. B. *Apud* LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães, 2001, ob. cit. p. 118.

<sup>24</sup> LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães, 2001, ob. cit. p. 118; e RODAS, João Grandino. Texto produzido pelo autor baseado na conferência proferida no Seminário Internacional “O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira” promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em 29 de Setembro de 1999, no auditório do Superior Tribunal de Justiça, em Brasília, DF, Brasil. Revista Centro de Estudos Judiciários, n. 11, Agosto/2000, pp. 31-35.

<sup>25</sup> “Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: 31) Não será concedida a Estado estrangeiro extradição por crime político ou de opinião, nem, em caso algum, de brasileiro.”

nº 18.871 de 1929, até o advento da Lei 6815/80, atual Estatuto do Estrangeiro, alterado pela Lei 6.964/1981<sup>26</sup>.

Além dos tratados<sup>27</sup> e convenções assinadas com outros Estados que regulamentam a extradição, como por exemplo, o Tratado de Extradição entre Brasil e Portugal, assinado dia 7 de Maio de 1991 e promulgado pelo decreto 1.325 de 2 de Dezembro de 1994, a extradição está internamente prevista no artigo 5º, incisos LI e LII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e nos artigos 76º ao 94º do Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6815 de 1980) que ratificam o previsto na Constituição, regulamentando de forma mais detalhada o instituto.

Inicialmente, sabe-se que fundado em promessa de reciprocidade o governo brasileiro pode recusar sumariamente o pedido de extradição, contudo o exame da legalidade e da procedência do mesmo, na fase judicial, é realizado pelo Supremo Tribunal Federal, competência prevista no artigo 102, inciso I, alínea “g”<sup>28</sup> da Constituição da República Brasileira e pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal nos artigos 207º ao 214º.

Entretanto, nada impede que pela inflexibilidade do governo à hora da efetivação da entrega autorizada pelo tribunal, este a sonegue por falta de compromisso do Estado requerente em comutar a pena corporal ou detração<sup>29</sup>. Assim, tem-se a reserva de jurisdição deste tribunal pelo fundamento da liberdade do ser humano, na proteção de cidadãos nacionais e estrangeiros residentes no país.

O Estatuto do Estrangeiro no Brasil estabelece no artigo 83º que nenhuma extradição será concedida sem que o Supremo Tribunal Federal decida sobre a legalidade e procedência, sem que caiba recurso, configurando o controle jurisdicional do ato de extradição. Conclui João Marcello de Araújo Júnior que as características da extradição têm variado com passar do tempo, passando

<sup>26</sup> LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães, 2001, ob. cit. pp. 118 – 119.

<sup>27</sup> Importante salientar que há divergências na doutrina sobre a posição dos tratados internacionais e tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. A partir da Emenda Constitucional nº 45/2004 os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. Entretanto, atualmente existem cinco vertentes sobre o tema: a primeira vertente, por Celso Duvivier de Albuquerque Mello reconhece a natureza supraconstitucional dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos; a segunda por Antônio Augusto Cançado Trindade atribui caráter constitucional a estes tratados e convenções, a terceira vertente defendida no Recurso Especial nº 80.004/SE, do Relator Ministro Xavier de Albuquerque que reconhece status de lei ordinária a esse tipo de documento internacional e por último a defendida pelo Ministro Gilmar Mendes que admite caráter supralegal as cartas internacionais de direitos humanos.

<sup>28</sup> “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro.”

<sup>29</sup> REZEK, Francisco, 2008, ob. cit. p. 199.

de uma colaboração entre Estados com interesses afins a um instrumento de cooperação internacional contra a criminalidade e em respeito aos direitos fundamentais do homem<sup>30</sup>.

#### 1.1.1 A extradição de nacionais brasileiros

Os pressupostos da extradição estão previstos na lei interna e nos tratados celebrados com o Brasil. Com base no direito interno, um dos pressupostos diz respeito à condição pessoal do extraditando, qual seja o da nacionalidade, previsto no artigo 5º, inciso LI da Constituição Federal Brasileira em que “nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei”.

A Lei nº 6.815/80 em seu artigo 77º dispõe também que não se concederá extradição quando se tratar de brasileiro, salvo se a aquisição dessa nacionalidade verificar-se após o fato que motivou o pedido.

É necessário que o crime cometido pelo extraditando seja necessariamente de direito comum e de certa gravidade, sujeito a jurisdição do Estado requerente, estranho a jurisdição brasileira e de punibilidade não extinta pelo decurso do tempo, conforme os artigos 77º, incisos II a IV e 78º inciso I do Estatuto do Estrangeiro. Ou seja, a extradição pressupõe um processo penal em curso ou já findo com sentença final que pode ser não necessariamente a sentença transitada em julgado<sup>31</sup>.

#### 1.1.2 Extradição por motivos políticos ou crime de natureza política

No ordenamento jurídico brasileiro, exige-se que o crime cometido pelo agente seja de direito comum, pois o inciso LII do artigo 5º da Carta Maior e o artigo 77º, inciso VII do Estatuto do Estrangeiro estabelecem que não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião. O motivo é de ordem democrática e decorre do respeito à liberdade de pensamento e crítica, inerente a condição do homem moderno, visto que nas questões políticas não existirá

---

<sup>30</sup> ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. *Apud* LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães, 2001, ob. cit. p. 140.

<sup>31</sup> REZEK, Francisco, 2008, ob. cit. p. 202. E LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães, 2001, ob. cit. p. 158 e ss.

por parte do Estado requerente o interesse na questão e a serena imparcialidade à administração da justiça<sup>32</sup>.

Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho defendem a ausência de uma definição legal para crime político, explicitando três teorias: a objetiva, a subjetiva e a mista como meio de construir o conceito. A teoria objetiva conceitua crime político pelo bem jurídico protegido pela norma penal, qual seja os delitos contra a existência do Estado e suas instituições jurídicas<sup>33</sup>.

Na teoria subjetiva o que importa é o fim perseguido pelo autor, qualquer que seja a natureza do bem jurídico efetivamente atingido, ou seja, caso a conduta delitiva comum seja impulsionada por motivos políticos, tem-se como perfeitamente caracterizado o delito político. Por fim, sobre as teorias do delito político, tem-se a propriedade da teoria mista que também incluiria os crimes eleitorais. Assim, Regis Prado e Mendes de Carvalho resumem que o crime político é todo “ato lesivo à ordem política, social ou jurídica, interna ou externa do Estado (...) ou aos direitos políticos dos cidadãos, sendo de extrema importância o aspecto subjetivo, ou seja, o propósito do autor na prática da infração.”<sup>34</sup>.

No que se refere à apuração do crime, afirma Carlos Canêdo que a definição do crime político é delimitada pelo tribunal pela análise de diversos pedidos de extradição e a construção deste conceito vem no momento da análise de concessão necessariamente preliminar para a concessão ou não deste pedido<sup>35</sup>. Entretanto, a definição de crime político<sup>36</sup> depende exclusivamente da jurisdição nacional, conforme § 2º do artigo 77º do Estatuto do Estrangeiro.

O Supremo Tribunal Federal cita Bento de Faria para definir o conceito de crime político, no sentido de que seria todo o ato que atente contra a ordem política da Nação, quer externa, quer interna, ato que visa destruir ou modificar a forma de governo, a Constituição, a organização e o fundamento dos poderes políticos ou atentar contra os direitos políticos dos cidadãos, como também quando praticados contra a independência da Pátria, a integridade do seu território, as

<sup>32</sup> LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães, 2001, ob. cit. p. 169. Assim como Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano, Aníbal Bruno e Francisco Rezek.

<sup>33</sup> PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. *Delito político e terrorismo: uma aproximação conceitual*. São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 89, v. 771, Jan. 2000, pp. 421-447.

<sup>34</sup> *Ibid*, p. 430.

<sup>35</sup> SILVA, Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da. *Crimes políticos*. Belo Horizonte, Editora Del Rey, 1993, p.58.

<sup>36</sup> Podemos afirmar que seriam os crimes que atentam contra a ordem política estatal, que se voltam contra a segurança interna do Estado, a forma de governo, constituição política, contra a segurança externa do Estado, contra sua independência e boas relações com outros Estados. ACCIOLY, Hildebrando, 1996, ob. cit. p. 353.



suas relações com outros Estados<sup>37</sup>. Entretanto, apenas diante do caso concreto poderá ser analisada a natureza do crime para concessão da extradição.

### 1.1.3 Imunidades

Outra importante condição pessoal para ser autorizada a extradição está presente nas imunidades de direito internacional que podem ser classificadas em imunidades funcionais (ou *ratione materiae*) e imunidades pessoais (ou *ratione personae*). A primeira explicita que os fatos praticados por funcionários do Estado no exercício de suas funções são de responsabilidade do Estado, que embora possam ser responsabilizados pela lei interna, perante a lei estrangeira, apenas o Estado deve ser punido.

A imunidade pessoal internacional destina-se a garantir que certas pessoas em função de representação do Estado no Exterior exerçam suas atividades sem que a lei de outro país a responsabilize criminalmente e assiste aos Chefes de Estado, Primeiro Ministro, Ministro dos Negócios Estrangeiros e diplomatas. As imunidades se justificam pelos critérios da extraterritorialidade, pelo caráter representativo do agente para com o Estado e para o exercício independente da diplomacia ou do cargo político que ocupa<sup>38</sup>.

Estas imunidades incidem sobre normas de Direito Penal Internacional, imprescindível para as relações harmônicas entre os países que a compõem, em respeito aos representantes diplomáticos estrangeiros em território nacional, considerados órgãos do Estado nas relações internacionais<sup>39</sup>.

No direito interno, as imunidades<sup>40</sup> têm por fundamento<sup>41</sup> assegurar a liberdade do representante do povo ou do Estado-membro no Congresso Nacional e da Presidência da

<sup>37</sup> Supremo Tribunal Federal, Extradição nº 700 de março de 1998, Relator Octavio Gallotti. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaTraduzida/verJurisprudenciaTraduzida.asp?tpLingua=21&id=250>. Acesso em 29 de Janeiro de 2010.

<sup>38</sup> DINH, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick, PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. 2ª edição, tradução de Vitor Marques Coelho, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, pp.762-767; e CAEIRO, Pedro, 2007, ob. cit. pp. 358-362.

<sup>39</sup> VIDAL, Hélvio Simões. *Direitos Humanos e o Direito Internacional Penal*. Volume 877, São Paulo, Revista dos Tribunais, Novembro de 2008, pp. 467-483.

<sup>40</sup> No conceito de Maria Benedita Urbano sobre as imunidades de direito interno: “As imunidades parlamentares são instrumentos ou mecanismos: garantísticos objectivo-instrumentais dos membros do parlamento. É a instituição parlamentar, enquanto órgão que representa a vontade dos cidadãos eleitores, que prioritariamente se pretende proteger.” URBANO, Maria Benedita. *Representação Política e Parlamento: Contributo para uma Teoria Político-Constitucional do Principais Mecanismos de Protecção do Mandato Parlamentar*. Dissertação de Doutoramento em

República, garantindo a independência do próprio Parlamento e da Presidência e a existência de ambos. Dessa forma, o congressista e o Presidente da República são excluídos da incidência de certas normas gerais<sup>42</sup>.

No âmbito parlamentar, com o escopo de assegurar o livre desempenho do mandato popular e prevenir ameaças ao funcionamento normal do Legislativo, a imunidade pode tornar o congressista insuscetível de ser punido por certos fatos (imunidade material) ou livre de certos constrangimentos (imunidade formal). A primeira, prevista no artigo 53<sup>43</sup> da CRB dispõe sobre a inviolabilidade civil e penal dos deputados e senadores por suas opiniões, palavras e votos, neutralizando a sua responsabilidade nesta esfera, entretanto, não estarão preservados as palavras proferidas fora do exercício formal do mandato, que pelo conteúdo sejam alheias à condição de Deputado ou de Senador<sup>44</sup>.

Entretanto, as imunidades formais garantem ao parlamentar não ser preso ou não permanecer preso, nem por prisão cível, além da possibilidade de sustar o processo penal em curso contra ele, conforme está previsto no §3º<sup>45</sup> do artigo 53º da CRB protegendo-o desde a expedição do diploma até o primeiro dia da legislatura seguinte.

A conduta do Presidente da República também está protegida pela imunidade quanto às prisões cautelares, isto porque é indispensável à sentença de mérito para a prisão por crime comum, assim prevê o artigo 86, § 3º<sup>46</sup> da CRP. Outra imunidade está relacionada à

Ciência Jurídico-Políticas apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Editora Almedina, 2009, p. 533.

<sup>41</sup> Maria Benedita Urbano dispõe como fundamento da imunidade parlamentar “as imunidades parlamentares só poderão ser vistas como consequência do princípio da soberania na exacta medida em que se entenda que este exige a tutela da independência e do bom funcionamento das instituições dotadas de poder soberano, como é o caso da instituição parlamentar. Assim sendo, só serão obviamente justificadas aquelas garantias estritamente funcionais ao livre e correcto desenvolvimento das funções parlamentares por parte dos individuais membros do parlamento.” URBANO, Maria Benedita, 2009, ob. cit. p. 522.

<sup>42</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª Edição revisada e atualizada. São Paulo, Editora Saraiva, 2008, p. 899.

<sup>43</sup> “Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.”, “§ 1º Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.” E “§ 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.”

<sup>44</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, 2008, ob. cit. p. 900; e VIDAL, Hêlvio Simões, 2008, ob. cit. p. 469.

<sup>45</sup> Art. 53, inciso § 3º “Recebida a denúncia contra o Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação.”

<sup>46</sup> “Art. 86. Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado

irresponsabilidade do Presidente por atos estranhos ao exercício de suas funções, sendo responsabilizado somente quando terminar o seu mandato perante a Justiça Comum, conforme artigo 86, § 4º<sup>47</sup> da CRB.

Portanto, pode-se afirmar que os parlamentares e o Presidente da República no exercício de seus mandatos não poderão ser extraditados para responderem criminalmente perante a jurisdição de outro Estado até que terminem seus mandatos e, conseqüentemente, percam sua imunidade.

#### 1.1.4 Extradicação em caso de pena de prisão perpétua ou de pena de morte

Importante ressaltar que outro pressuposto da extradicação, prevista no artigo 91º, inciso II<sup>48</sup> do Estatuto do Estrangeiro, determina a não entrega do extraditando sem que o Estado requerente assuma o compromisso de comutar em pena privativa de liberdade a pena corporal ou de morte, exceto a última quando a Lei brasileira permite sua aplicação nos crimes militares cometidos em tempo de guerra, conforme artigo 5º, inciso XLVII, em que “não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84º, XIX”.

Todavia, existe grande controvérsia sobre a comutação da pena no caso de ser aplicável pena de prisão perpétua, como condição para a efetivação da extradicação<sup>49</sup>. Isto porque o próprio artigo 91º do Estatuto do Estrangeiro não estabelece a proibição de extraditar no caso de prisão perpétua, bem como a jurisprudência dominante é no sentido de ser possível a entrega do indivíduo independente do compromisso do Estado requerente de comutar a pena de prisão perpétua<sup>50</sup>.

---

Federal, nos crimes de responsabilidade.” E “§ 3º - Enquanto não sobrevier sentença condenatória, nas infrações comuns, o Presidente da República não estará sujeito a prisão.”

<sup>47</sup> Art. 86, § 4º - “O Presidente da República, na vigência de seu mandato, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções.”

<sup>48</sup> “Art. 91. Não será efetivada a entrega sem que o Estado requerente assuma o compromisso: III - de comutar em pena privativa de liberdade a pena corporal ou de morte, ressalvados, quanto à última, os casos em que a lei brasileira permitir a sua aplicação;”

<sup>49</sup> LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães, 2001, ob. cit. p. 214.

<sup>50</sup> Supremo Tribunal Federal. Extradicação nº 507, Acórdão de 25 de Setembro de 1991. Disponível em [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em 9 de Janeiro de 2010.

### 1.1.5 Extinção da punibilidade: proibição da extradição no caso de crimes prescritos

Diante dos objetivos traçados nesta tese, resta explicitar outra causa proibitiva da extradição que é a extinção da punibilidade decorrente da prescrição, ou seja, quando o crime não tenha a sua punibilidade extinta pelo decurso do tempo, segundo a Lei do Estado requerente e segundo a Lei brasileira.

O ordenamento jurídico brasileiro seguiu ao artigo 359º do Código de Bustamante em que “não se deve aceder ao pedido de extradição se o delito ou a pena estiverem prescritos segundo as leis do Estado requerido ou do Estado requerente”. Segue nesse sentido a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal<sup>51</sup> e o entendimento de Carolina Cardoso Guimarães Lisboa que afirma que a recusa do pedido justifica-se pela falta de legitimação para a extradição, visto que com o programa da causa extintiva de punibilidade, o direito de punir do Estado pereceu<sup>52</sup>.

Por fim, o pedido de extradição no Brasil é requerido por via diplomática ou diretamente de Governo a Governo, sendo anexados todos os documentos necessários que justifiquem a extradição, como a sentença condenatória ou de pronúncia, ou de decretação de prisão preventiva por juiz competente, assim como indicações do local, natureza, data do delito, a pena e sua prescrição e a identificação do criminoso<sup>53</sup>.

## 1.2 O ordenamento jurídico europeu e português

No ordenamento jurídico europeu vislumbra-se a Convenção Européia dos Direitos Humanos que foi adotada pelo Conselho da Europa em 1950 e que entrou em vigor em 1953. O nome oficial é Convenção para a proteção dos Direitos do Homem e das liberdades fundamentais que tem por objetivo proteger os Direitos Humanos e as liberdades fundamentais, permitindo um controle judiciário do respeito desses direitos individuais e preconiza princípios gerais de proteção à segurança e à liberdade da pessoa, no respeito ao procedimento de extradição. Ela faz referência à Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de Dezembro de 1948. Também a Convenção Européia de Extradição de

---

<sup>51</sup> Supremo Tribunal Federal. Extradição nº 292, Portugal, 31 de Março de 1971. Disponível em [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em 9 de Janeiro de 2010.

<sup>52</sup> LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães, 2001, ob. cit. p. 168.

<sup>53</sup> Artigo 80º do Estatuto do Estrangeiro brasileiro.

1957 que entrou em vigor para Portugal em 25 de Abril de 1990, prevê exclusões as quais o pedido de extradição não será concedido, como no caso de crimes políticos, militares ou já prescritos.

Mas, um dos mais importantes instrumentos no que diz respeito à extradição é a Convenção Europeia para Cooperação Judiciária em Matéria Penal de 1959 e os Protocolos Adicionais de 15 de Outubro de 1975 e 17 de Dezembro de 1978 que ensejou na Lei de Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal Lei nº144, adotada por Portugal em 31 de Agosto de 1999, com alterações introduzidas pela Lei nº 104/2001 de 25 de Abril. Ela determina o consentimento do requerido para autorização de extradição ou reextradição, que será analisada pelo Tribunal da Relação da área onde residir ou se encontrar o extraditando, para uma decisão homologatória e posterior comunicação à Procuradoria-Geral da República.

Importante ressaltar que outro tipo de cooperação aplicado no Direito Europeu é o Mandato de Detenção e Entrega Europeu, com base na Decisão-Quadro 2002/584/JAI do Conselho, de 13 de Junho de 2002. Assim, a partir de primeiro de Janeiro de 2004, aplica-se esta decisão-quadro em substituição aos textos que regem a extradição, nomeadamente a Convenção Europeia de Extradição de 1957, a Convenção Europeia para a Repressão do Terrorismo de 1978 no que diz respeito à extradição, o acordo entre os 12 Estados-Membros, de 26 de Maio de 1989, relativo à simplificação da transmissão dos pedidos de extradição, a Convenção relativa à extradição simplificada de 1995, a Convenção relativa à extradição de 1996 e as disposições do Acordo de Schengen que se referem à extradição. Entretanto, os Estados-Membros continuam a poder aplicar e celebrar acordos bilaterais ou multilaterais destinados a facilitar ou a simplificar os procedimentos de entrega.

Historicamente, o primeiro tratado de extradição de Portugal foi celebrado entre o Rei D. Pedro I de Portugal e pelo Rei D. Pedro I de Castela, no ano de 1360, em que acordavam a entrega recíproca de cavaleiros refugiados em ambos os reinos, por motivos de crimes políticos. Posteriormente, em 1779 com o tratado celebrado entre Portugal e Espanha houve a primeira cláusula humanitária de exigência de comutação de pena de morte prévia a extradição, utilizada atualmente como princípio internacional em matéria extradicional<sup>54</sup>.

Entretanto, somente em junho de 1867 com o Tratado de Extradição entre Portugal e Espanha referente à entrega de desertores e criminosos foram estabelecidos a proibição da

---

<sup>54</sup> SERRANO, Mário Mendes, 2000, ob. cit. pp. 20 – 21.

entrega de nacionais, a cláusula de comutação de pena de morte prévia à extradição, a fixação de prazo para a detenção preventiva do reclamado e a proibição de extradição por motivos políticos. Este tratado se manteve até a vigência da Convenção Europeia de Extradição de 1990<sup>55</sup>.

Ainda no que tange ao conjunto alargado de convenções e tratados internacionais de extradição celebrados por Portugal, assim como no Brasil, há discussão na doutrina<sup>56</sup> sobre a posição do direito internacional na ordem interna face à lei ordinária. Prevalecendo, contudo, o entendimento de que este se situa no plano superior ao do direito da fonte interna<sup>57</sup>.

A primeira lei interna de Portugal sobre a extradição surgiu com o Decreto-Lei nº 437/75, sucedido pelo Decreto-Lei nº 43/91, que a prevê como forma cooperação judiciária internacional em matéria penal. Contudo, atualmente se aplica ao instituto o disposto no artigo 33º da Constituição da República Portuguesa e todas as demais disposições do ordenamento jurídico, conforme o n. 1º do artigo 277º<sup>58</sup> da Carta Maior.

O artigo 33º, transferido, através da 1ª revisão constitucional de 1982, para o capítulo dos direitos, liberdades e garantias, prevê normas de extradição com mais coesão e garantia constitucional, tendo por objetivo limitar os poderes de extradição do Estado e garantir direito de asilo de estrangeiros em território português<sup>59</sup>.

A partir da revisão constitucional – Lei nº1/2007 – acrescentou duas proibições de extraditar em função da natureza da pena aplicável segundo o direito do Estado requerente. Primeiro quando o crime corresponda pena de que resulte lesão irreversível da integridade física (artigo 33º, nº4) e quando o crime corresponda sanção privativa ou restritiva de liberdade com carácter perpétuo ou de duração indefinida, salvo se o Estado requerente oferecer garantias de que essa pena ou medida não será aplicada ou executada (artigo 33º, nº5).

<sup>55</sup> SERRANO, Mário Mendes, 2000, ob. cit. pp. 20 – 21.

<sup>56</sup> Importante ressaltar a análise realizada por Cristina Queiroz sobre a recepção do direito internacional no direito português no que tange as duas escolas doutrinárias, a monista em que a supremacia do direito interno corresponde a uma forma de negação do direito internacional, hoje ultrapassada, e a dualista em que o direito internacional e o direito interno são sistemas jurídicos separados. Conclui que “o direito interno não prevalece sobre as obrigações contraídas por um dos seus sujeitos, quer derivem de normas de direito internacional convencional, normas e princípios de direito internacional comum ou geral ou princípios gerais de direito reconhecidos por pessoas civilizadas.” QUEIROZ, Cristina. *Direito Internacional e Relações Internacionais*. Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 120 – 122.

<sup>57</sup> Nesse sentido sustentando o valor supralegal do direito internacional, ou seja, a primazia do direito internacional sobre o direito interno J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, Jorge Miranda, André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros. SERRANO, Mário Mendes, 2000, ob. cit. p. 28.

<sup>58</sup> “Artigo 277º, n. 1. São inconstitucionais as normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados.”

<sup>59</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital, 2007, ob. cit. p. 530.

Atualmente também se aplica a Lei de Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal, Lei nº 144, em vigor desde primeiro de outubro de 1999, à extradição quando não houver tratados, convenções<sup>60</sup> ou acordos internacionais que vinculem o Estado Português<sup>61</sup>.

Primeiramente, importante explicitar o procedimento da extradição previsto nos artigos 31º a 68º da Nova Lei de Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal. Na fase administrativa há a apreciação política do pedido pelo Ministério da Justiça com vista a dar seguimento ou não, por razões de ordem política, de conveniência ou de oportunidade, em respeito à proteção dos interesses da soberania, da segurança, da ordem pública e de outros interesses da República Portuguesa, conforme o disposto no artigo 2º, n. 1º da Lei 144/99. Posteriormente, na fase judicial, de competência dos tribunais a que se destina à decisão - Tribunal da Relação como primeira instância - pode-se realizar a audiência do interessado, analisando a procedência do pedido, com a possibilidade de recurso para o Supremo Tribunal de Justiça<sup>62</sup>.

Em termos gerais, além da competência, a Lei nº 144/99 consagra princípios internacionalmente reconhecidos, como os da reciprocidade<sup>63</sup> (Artigo 4º), em que a extradição de cidadãos portugueses só é permitida em condições de reciprocidade prevista em convenção internacional, nos casos de terrorismo e de criminalidade internacional organizada, e desde que a ordem jurídica do Estado requisitante consagre garantias de um processo justo e equitativo. Consagra os princípios da especialidade (artigo 16º) em que se deve “limitar os factos pelos quais o extraditando será julgado após a entrega ao Estado requerente, àqueles que motivaram esse entrega”<sup>64</sup> e do *ne bis in idem* (artigo 19º) em que “uma pessoa que foi objecto de uma sentença definitiva num processo penal não pode ser perseguida de novo com base no mesmo facto.”<sup>65</sup>.

O mandado de detenção europeu também executado com base no princípio do reconhecimento mútuo das decisões penais para fins de procedimento criminal ou cumprimento

---

<sup>60</sup> Portugal ratificou dentre outros documentos a Convenção Européia de Extradição do Conselho da Europa, aderiu o Acordo de Schengen, a Convenção de Aplicação de 1990, a Convenção estabelecida com base no artigo K3 do Tratado da União Européia, relativa ao processo simplificado de extradição entre os Estados Membros da União Européia, a Convenção de Extradição de Dublin e o Tratado de Amsterdão, todos no sentido de aprimorar e simplificar o procedimento de extradição na União Européia. SERRANO, Mário Mendes, 2000, ob. cit. pp. 31 - 38.

<sup>61</sup> SERRANO, Mário Mendes, 2000, ob. cit. p. 25

<sup>62</sup> *Ibid*, p. 57.

<sup>63</sup> Importante meniconar que com a Revisão Constitucional de 2004, foi retirado do artigo 33, nº 4 a redação “em condições de reciprocidade”.

<sup>64</sup> ANNA ZAIRE in SERRANO, Mário Mendes, 2000, ob. cit. p. 40.

<sup>65</sup> LOPES ROCHA-TERESA ALVES MARTINS in SERRANO, Mário Mendes, 2000, ob. cit. p. 41.

de pena ou medida de segurança, e regulamentado na Lei 65/03, veio substituir o processo de extradição de forma agilizada para responder aos problemas de cooperação judiciária entre Estados. Constituiu a primeira concretização no âmbito do direito penal do princípio do respeito pelos direitos fundamentais e princípios de direito de validade perene e afirmação universal. Dessa forma, como já analisado no ordenamento jurídico brasileiro e em consonância com o objetivo principal deste trabalho, passamos a analisar os principais motivos de recusa do pedido extradicional.

### 1.2.1 A extradição de nacionais portugueses

O artigo 32º, nº 1 e nº 2<sup>66</sup> da CRP estabelece que haverá recusa da extradição se a pessoa reclamada for de nacionalidade portuguesa, salvo se a extradição de nacionais estiver estabelecida em tratado, convenção ou acordo de que Portugal seja parte, além de outros requisitos<sup>67</sup> estabelecidos no próprio artigo. Assim, a nacionalidade como pressuposto de cidadania é condição primordial para o exercício dos direitos políticos e estabelece a qualidade de se pertencer àquela nação, por isso a Constituição da República Portuguesa dispõe que não será admitida a extradição de pessoas com nacionalidade portuguesa, exceto nos casos previstos no artigo 33º, n.3 e n.4<sup>68</sup> do diploma constitucional.

Contudo, as inovações do texto constitucional português em matéria de extradição possibilitam a extradição de nacionais, em caso de terrorismo e criminalidade internacional

---

<sup>66</sup> “Artigo 32º Casos em que é excluída a extradição, nº 1 – Para além dos casos referidos nos artigos 6.º a 8.º, a extradição é excluída quando: a) O crime tiver sido cometido em território português;b) A pessoa reclamada tiver nacionalidade portuguesa, salvo o disposto no número seguinte. 2 - É admissível a extradição de cidadãos portugueses do território nacional desde que: a) A extradição de nacionais esteja estabelecida em tratado, convenção ou acordo de que Portugal seja parte; b) Os factos configurem casos de terrorismo ou criminalidade internacional organizada; e c) A ordem jurídica do Estado requerente consagre garantias de um processo justo e equitativo.”

<sup>67</sup> Canotilho e Vital Moreira afirmam que a extradição de cidadãos portugueses deixou de ser um direito adquirido em termos absolutos depois da Revisão de 1997 que deu guarida constitucional ao previsto no artigo 7º n. 1 da Convenção relativa à Extradição entre os Estados-Membros de 1996. Assim pode haver extradição se houver reciprocidade, que tenha ocorrido crime de excepcional gravidade, exigindo-se, por fim, a garantia de um processo justo e equitativo. CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital, 2007, ob. cit. p. 532.

<sup>68</sup> “Artigo 33º nº 3. A extradição de cidadãos portugueses do território nacional só é admitida, em condições de reciprocidade estabelecidas em convenção internacional, nos casos de terrorismo e de criminalidade internacional organizada, e desde que a ordem jurídica do Estado requisitante consagre garantias de um processo justo e equitativo. Nº 4. Só é admitida a extradição por crimes a que corresponda, segundo o direito do Estado requisitante, pena ou medida de segurança privativa ou restritiva da liberdade com carácter perpétuo ou de duração indefinida, se, nesse domínio, o Estado requisitante for parte de convenção internacional a que Portugal esteja vinculado e oferecer garantias de que tal pena ou medida de segurança não será aplicada ou executada”.



organizada, desde que a ordem jurídica do Estado requisitante consagre garantias de um processo justo e equitativo.

### 1.2.2 Extradicação por motivos políticos ou crime de natureza política

Também, não é admitida a extradicação, nem a entrega a qualquer título por motivos políticos ou por crimes em que há pena de morte ou outra de que resulte lesão irreversível da integridade física e deve ser determinada por autoridade judicial. Deve-se, portanto respeitar o pedido de cooperação, sem que a extradicação seja por fato que constitua crime de natureza política ou crime conexo com crime político, estando excluída dessas classificações infrações como o genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra, o terrorismo e outros, conforme artigo 7º, nº1, alínea “a” e nº2<sup>69</sup> da Lei 144/99.

Nesse sentido a Constituição Portuguesa prevê no artigo 33º nº 6 a “proibição absoluta” de que não será admitida a extradicação, nem a entrega a qualquer título, por motivos políticos ou por crimes a que corresponda, segundo o direito do Estado requisitante, pena de morte ou outra de que resulte lesão irreversível da integridade física. Porém, a expressão “proibição absoluta”<sup>70</sup> utilizada por Gomes Canotilho e Vital Moreira no sentido de não haver qualquer possibilidade de extradicação por motivos políticos e por considerar inconstitucional norma internacional ou nacional permissiva da entrega, exemplificam que com a revisão constitucional de 2001, alargou-se a norma proibitiva do nº 6 aplicando-se ao instituto da entrega do mandado de detenção europeu, previsto na Lei nº 65/2003.

Ocorre que a proibição da extradicação compreende duas situações: ser o extraditando acusado ou ter sido condenado pela prática de crime de natureza política e ser o pedido de extradicação motivado por perseguição política ou perseguição criminal por razões políticas<sup>71</sup>.

---

<sup>69</sup> Artigo 7.º Recusa relativa à natureza da infração “nº 1 - O pedido é também recusado quando o processo respeitar a facto que constituir: a) Infracção de natureza política ou infracção conexa a infracção política segundo as concepções do direito português.” E “nº2 - Não se consideram de natureza política: a) O genocídio, os crimes contra a Humanidade, os crimes de guerra e infracções graves segundo as Convenções de Genebra de 1949;b) As infracções referidas no artigo 1.º da Convenção Europeia para a Repressão do Terrorismo, aberta para assinatura a 27 de Janeiro de 1977;c) Os actos referidos na Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, adoptada pela Assembleia das Nações Unidas em 17 de Dezembro de 1984; d) Quaisquer outros crimes a que seja retirada natureza política por tratado, convenção ou acordo internacional de que Portugal seja parte.”

<sup>70</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital, 2007, ob. cit. p. 532.

<sup>71</sup> *Ibid*, p. 533.

O Supremo Tribunal de Justiça dispõe que o conceito de crime político apresenta variações a partir de um critério objetivo, no qual compreende todos os que ofendem diretamente a organização do Estado, e um critério subjetivo, em que corresponde um fim ou motivo político<sup>72</sup>. Do mesmo modo discorre que embora o Código Penal separe os crimes contra a segurança exterior do Estado dos crimes contra a segurança interior do Estado, todos eles são objetivamente políticos, pois “não há razão para negar o carácter político das incriminações destinadas a protecção da independencia e da integridade do Estado”<sup>73</sup>.

Assim, caberá ao Ministério da Justiça e, posteriormente ao Tribunal da Relação, em primeira instância, e, se for o caso, Supremo Tribunal de Justiça analisar se o caso de extradição foi motivado por motivos políticos (perseguição política) ou se configura crime político para autorizar ou não a extradição.

### 1.2.3 Imunidade proibitiva da extradição

Outra condição que impossibilita a extradição tanto no ordenamento jurídico brasileiro como no português é imunidade internacional dos agentes, em função de representação do Estado no Exterior, como os Chefes de Estado, Primeiro Ministro, Ministro dos Negócios Estrangeiros e diplomatas<sup>74</sup>. Diferentemente da imunidade internacional, a imunidade de direito interno, a exemplo da imunidade parlamentar<sup>75</sup>, da imunidade do Presidente da República, prevista no artigo 130<sup>76</sup> e dos membros do Conselho de Estado<sup>77</sup> e membros do Governo, assim prevê o

<sup>72</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo nº 036129, Relator Vasconcelos de Carvalho. Disponível em <http://www.stj.pt/?idm=43>. Acesso em 29 de Janeiro de 2010.

<sup>73</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo nº 036213, Relator Vasconcelos de Carvalho. Disponível em <http://www.stj.pt/?idm=43>. Acesso em 29 de Janeiro de 2010.

<sup>74</sup> CAEIRO, Pedro, 2007, ob. cit. pp. 358-362.

<sup>75</sup> Maria Benedita Urbano dispõe como fundamento da imunidade parlamentar “as imunidades parlamentares só poderão ser vistas como consequência do princípio da soberania na exacta medida em que se entenda que este exige a tutela da independência e do bom funcionamento das instituições dotadas de poder soberano, como é o caso da instituição parlamentar. Assim sendo, só serão obviamente justificadas aquelas garantias estritamente funcionais ao livre e correcto desenvolvimento das funções parlamentares por parte dos individuais membros do parlamento.” URBANO, Maria Benedita, 2009, ob. cit. pp. 522 – 632.

<sup>76</sup> “Artigo 130.º 1. Por crimes praticados no exercício das suas funções, o Presidente da República responde perante o Supremo Tribunal de Justiça. 2. A iniciativa do processo cabe à Assembleia da República, mediante proposta de um quinto e deliberação aprovada por maioria de dois terços dos Deputados em efectividade de funções. 3. A condenação implica a destituição do cargo e a impossibilidade de reeleição. 4. Por crimes estranhos ao exercício das suas funções o Presidente da República responde depois de findo o mandato perante os tribunais comuns.”

<sup>77</sup> No âmbito do ordenamento jurídico português podemos mencionar que a imunidade correspondente à irresponsabilidade e à inviolabilidade estão prevista para os membros do Conselho de Estado, que é o órgão político de consulta do Presidente da República, composto, conforme artigo 2º pelos seguintes membros: O Presidente da

artigo 157<sup>78</sup> e 169<sup>79</sup> da Constituição Portuguesa e o artigo 13º e 14º<sup>80</sup> da Lei 31 de 6 de Setembro de 1984, em respeito ao artigo 164, alínea “d” e 167º alínea “g” e 169º, nº 2 da CRP, também impossibilitam a detenção, a prisão ou a extradição, durante o respectivo mandato.

Maria Benetida Urbano afirma que a imunidade parlamentar compõe-se em irresponsabilidade e inviolabilidade. A irresponsabilidade é uma garantia de carácter substancial nos termos da qual não se pode derivar consequências jurídicas das opiniões e votos emanadas pelos membros do parlamento no exercício do seu mandato (ou se preferir, no exercício das suas funções parlamentares). “O conteúdo desta garantia consubstancia-se, pois, numa proteção do parlamentar em relação a todas as acções judiciais relativas aos actos ligados ao exercício do seu mandato”<sup>81</sup>.

Com a inviolabilidade:

“(…)se pretende é fundamentalmente combater a instrumentalização do poder judicial por parte do poder executivo e dos particulares, com fins políticos e puramente egoísticos, ou a própria interferência do poder judicial, também ela motivada politicamente – que visam perturbar o membro do parlamento ou mesmo afastá-lo do exercício do seu mandato. Para evitar que o parlamentar seja incomodado ou afastado (isto é, seja impedido material ou fisicamente) de

---

Assembleia da República; O Primeiro-Ministro; O Presidente do Tribunal Constitucional; O Provedor de Justiça; Os presidentes dos governos regionais; os antigos presidentes da República eleitos na vigência da Constituição que não hajam sido destituídos do cargo, cinco cidadãos designados pelo Presidente da República pelo período correspondente à duração do seu mandato e cinco eleitos pela Assembleia da República, de harmonia com o princípio da representação proporcional, pelo período correspondente à duração da legislatura.

<sup>78</sup> “Artigo 157. 1. Os Deputados não respondem civil, criminal ou disciplinarmente pelos votos e opiniões que emitirem no exercício das suas funções. 2. Os Deputados não podem ser ouvidos como declarantes nem como arguidos sem autorização da Assembleia, sendo obrigatória a decisão de autorização, no segundo caso, quando houver fortes indícios de prática de crime doloso a que corresponda pena de prisão cujo limite máximo seja superior a três anos. 3. Nenhum Deputado pode ser detido ou preso sem autorização da Assembleia, salvo por crime doloso a que corresponda a pena de prisão referida no número anterior e em flagrante delito. 4. Movido procedimento criminal contra algum Deputado, e acusado este definitivamente, a Assembleia decidirá se o Deputado deve ou não ser suspenso para efeito de seguimento do processo, sendo obrigatória a decisão de suspensão quando se trate de crime do tipo referido nos números anteriores.”

<sup>79</sup> “Artigo 196.º 1. Nenhum membro do Governo pode ser detido ou preso sem autorização da Assembleia da República, salvo por crime doloso a que corresponda pena de prisão cujo limite máximo seja superior a três anos e em flagrante delito. 2. Movido procedimento criminal contra algum membro do Governo, e acusado este definitivamente, a Assembleia da República decidirá se o membro do Governo deve ou não ser suspenso para efeito de seguimento do processo, sendo obrigatória a decisão de suspensão quando se trate de crime do tipo referido no número anterior.”

<sup>80</sup> Artigo 13.º sobre a irresponsabilidade. “Os membros do Conselho de Estado não respondem civil, criminal ou disciplinarmente pelos votos e opiniões que emitirem no exercício das suas funções.” E Artigo 14.º (Inviolabilidade) “1. Nenhum membro do Conselho de Estado pode ser detido ou preso sem autorização do Conselho, salvo por crime punível com pena maior e em flagrante delito.” E nº “2. Movido procedimento criminal contra algum membro do Conselho de Estado e indiciado este definitivamente por despacho de pronúncia ou equivalente, salvo no caso de crime punível com pena maior, o Conselho decidirá se aquele deve ou não ser suspenso para efeito de seguimento do processo.”

<sup>81</sup> URBANO, Maria Benedita, 2009, ob. cit. p. 522 e ss.

forma arbitrária e /ou injustificada no desempenho das funções, continua a exigir-se uma autorização da assembleia a que ele pertence para que possa ser alvo de medidas processuais penais.<sup>82</sup>”

Quer dizer que para o livre exercício das funções, o Chefe de Estado – agente político que será objeto de estudo deste presente trabalho – não poderá ser extraditado durante todo seu mandato, em razão das imunidades internacionais de caráter pessoal e das imunidades internas decorrentes da irresponsabilidade e inviolabilidade.

#### 1.2.4 Pena de prisão perpétua, de morte e que resulte lesão irreversível da integridade da pessoa

A extradição, como forma de cooperação judiciária, não é permitida no caso de ser aplicada pena de morte<sup>83</sup> ou pena de que possa resultar lesão irreversível da integridade da pessoa, salvo se o Estado requerente comutar previamente essas penas ou aceitar a conversão dessas penas por tribunal português segundo a lei portuguesa aplicável àquele crime nos termos do disposto no artigo 6º, nº 1 e nº 2 da Lei nº 144/99, após a 4ª revisão constitucional, no artigo 33º, nº4 da CRP.

Caso esteja prevista pena de prisão ou medida de segurança privativa ou restritiva da liberdade com caráter perpétuo ou de duração indefinida para o extraditanto, também não será permitida a extradição, conforme artigo 6º, nº 1, alínea “f” da Lei nº 114/99, salvo se o Estado requerente retirar caráter perpétuo<sup>84</sup> ou duração indefinida à pena ou à medida de segurança, ou oferecer garantias de não aplicação ou de não execução, ou conversão para lei portuguesa. Assim estabelece também o artigo 33º, nº 4 da CRP, em que não será permitida a extradição, quando estiver prevista pena de prisão ou medida de segurança de caráter perpétuo ou de duração indefinida.

Assim, a partir da Revisão Constitucional em 2004, o texto constitucional português em matéria de extradição, retirou a questão da reciprocidade afirmando que a extradição só é

<sup>82</sup> URBANO, Maria Benedita, 2009, ob. cit. p. 522 e ss.

<sup>83</sup> Na pena de morte o critério utilizado foi de punibilidade *in abstracto*, ou seja, a pena ter sido aplicada abstratamente, segundo a Lei do Estado requisitante, ocorrendo a proibição absoluta de extradição. CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital, 2007, ob. cit. p. 534.

<sup>84</sup> A Constituição optou pelo critério da punibilidade em concreto para a pena ou medida de segurança privativa ou restritiva de liberdade com caráter perpétuo ou duração indefinida. Por isso que a extradição poderá ser concedida caso haja oferecimentos de garantias suficientes de que não será aplicada ou executada e sim comutada. CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital, 2007, ob. cit. p. 534.

permitida, “segundo o direito do Estado requisitante, pena ou medida de segurança privativa ou restritiva de liberdade com carácter perpétuo ou de duração indefinida, se, nesse domínio, o Estado requisitante for parte da convenção internacional a que Portugal esteja vinculado e ofereça garantias de que tal pena ou medida de segurança não será aplicada ou executada”<sup>85</sup>.

Independente da condição de reciprocidade, José Carlos Rocha e José Ferreira de Almeida<sup>86</sup> concluem que no ano de 1994 e no de 1995 existiram inúmeras decisões que autorizaram a extradição de estrangeiros a pedido de Estados por terem cometido crime cuja pena em abstrato era a pena de morte ou de prisão perpétua, contrariando a Constituição Portuguesa, o Código Penal e convenções internacionais que Portugal é signatário.

Dessa forma, o entendimento atual do Supremo Tribunal de Justiça é que o mandado de detenção europeu, executado com base no princípio do reconhecimento mútuo das decisões penais, para fins de procedimento criminal ou cumprimento de pena ou medida de segurança, e regulamentado na Lei 65/03, de 23 de Agosto, em obediência à Decisão-Quadro 2002/584/JAI, de 13 de Junho, do Conselho da União Europeia, veio substituir o processo de extradição, para responder aos problemas de cooperação judiciária entre Estados<sup>87</sup>. Dessa forma, entende que não será concedida a entrega/extradição quando for aplicável pena de carácter perpétuo, desde que a pena seja revisada, *ex-vi* :

“A decisão de entrega do recorrente ao Estado de emissão, para aí ser sujeito a procedimento criminal pelo crime de fuga de custódia legal (correspondente ao crime de evasão à luz da lei portuguesa), punível com pena de prisão que pode ser perpétua, nos termos da al. b) do art. 13.º da Lei 65/2003, depende da verificação de uma de duas situações: a) a previsão no sistema jurídico do Estado membro de emissão de uma revisão da pena aplicada, a pedido ou o mais tardar no prazo de 20 anos; b) ou a aplicação das medidas de clemência a que a pessoa procurada tenha direito nos termos do direito ou da prática do Estado membro de emissão, com vista a que a pena ou medida de segurança não seja executada.”<sup>88</sup>

<sup>85</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa: Lei do Tribunal Constitucional*. 8ª edição, 2ª reimpressão, Coimbra, Editora Coimbra, 2009, p. 27; e SERRANO, Mário Mendes, 2000, ob. cit. p. 54.

<sup>86</sup> ROCHA, José Carlos; ALMEIDA, José Mário Ferreira de. *Apud LISBOA*, Carolina Cardoso Guimarães, 2001, ob. cit. p. 214.

<sup>87</sup> Supremo Tribunal de Justiça, nº 1087/09.6YRLSB.S1, de 25.06.2009, Relator Armando Monteiro. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/311>. Acesso em 24 de Março de 2010.

<sup>88</sup> Supremo Tribunal de Justiça, nº 42/10.8YFLSB, de 25.02.2010, Relator Manuel Braz. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/359>. Acesso em 24 de Março de 2010.

Também de pena que resulte lesão à integridade física do acusado. Nesse sentido, Santos Monteiro discorre:

“Sem qualquer demonstração está que a República da Ucrânia não assegure através do seu poder judiciário o direito a um processo justo, rodeado de garantias de defesa do requerido e menos ainda que o cumprimento da pena, se for de lhe impor , pois a extradição se destina , desde já , a fins de procedimento criminal , seja a cumprir em condições desumanas , e por maioria de razão com risco para a sua integridade física ou perigo de vida , e , menos ainda , que a sua situação processual possa sofrer agravamento por virtude do concurso de quaisquer circunstâncias dentre as elencadas no n.º 1 b) , do art.º 6.º , do Dec.º-Lei n.º 144/99 , que as recebeu por incorporação do art.º 3.º n.º 2 , da Convenção Europeia de Extradição.<sup>89</sup>”

#### 1.2.5 Extinção da punibilidade: proibição da extradição no caso de crimes prescritos

Outra causa proibitiva da extradição, também prevista no ordenamento português, é a extinção da punibilidade decorrente da prescrição do crime *in casu*. Isto porque um dos requisitos do pedido de cooperação internacional, aplicável à extradição é a apresentação de textos legais relativos à prescrição do procedimento penal ou da pena, conforme o artigo 44º da Lei 144/99. Podemos afirmar que o artigo 33º, nº 3 da CRP estabelece as “garantias de um processo justo e equitativo.”. Se mostra incompatível com a persecução criminal após a extinção da pretensão punitiva do Estado, impossibilitando a extradição.

Orientação diversa, porém, foi adotada pela Convenção relativa à extradição entre os Estados-membros da União Europeia de 1996, assinada por todos os Estados-membros da União Europeia com os objetivos de adaptar os objetivos da União Europeia e todo o setor da cooperação judicial internacional no domínio penal, no combate a formas graves de criminalidade organizada e terrorismo<sup>90</sup>.

Também, em vigor no Estado português o Tratado de Extradição com o Brasil de 7.5.1991 e a Lei de Cooperação Judicial portuguesa estabelecem a inadmissibilidade da extradição quando extinto no momento do recebimento do pedido, segundo a lei de qualquer das

<sup>89</sup> Supremo Tribunal de Justiça, Acórdão 08P4144, de 01.07.2009, Relator Santos Monteiro. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/b167f82812bf01f28025755b003c480e?OpenDocument>. Acesso em 29 de Janeiro de 2010.

<sup>90</sup> MARQUES, José Augusto Garcia. *Cooperação judiciária internacional em matéria penal*. Apud LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães, 2001, ob. cit. p. 168.

Partes Contratantes, o procedimento criminal ou a pena, por prescrição ou por qualquer outra causa.

Diante dos objetivos traçados neste trabalho, é relevante a análise do instituto da extradição no ordenamento jurídico brasileiro e no português, principalmente no que tange as normas proibitivas da extradição, pois é a partir desta análise que a doutrina questiona a constitucionalidade do instituto da entrega ao Tribunal Penal Internacional. Bem como, é importante explicitar o instituto da extradição para que sejam demonstradas as semelhanças e diferenças ao instituto da entrega previsto no Estatuto do Tribunal Penal Internacional que será desenvolvido no próximo capítulo.

## Capítulo II. Direito Internacional e Direito Internacional Penal: As controvérsias na incorporação do Tratado de Roma no ordenamento jurídico português e no brasileiro.

### 1. Direito Internacional: A incorporação dos Tratados Internacionais no ordenamento jurídico interno

A partir do século XIX tem se verificado certo desconforto na construção teórica de Kelsen<sup>91</sup> em que a Constituição estaria no vértice superior na pirâmide, enquanto norma suprema e primária para a produção das demais normas. Segundo Gomes Canotilho, este estilo piramidal não possui mais virtualidades suficientes diante da relevância do direito internacional e do direito comunitário, inexistindo o vértice com uma norma superior e sim vários ordenamentos superiores – constitucional, internacional e comunitário<sup>92</sup>.

O direito internacional, interpretado como ordenamento jurídico superior, “constitui um corpo de normas jurídicas que se aplica nas relações entre os Estados soberanos e outras entidades providas de personalidade internacional”<sup>93</sup>. No plano internacional não existe autoridade superior, pois os Estados soberanos se organizam horizontalmente e procedem de acordo com as normas jurídicas na exata medida do seu consentimento e entre estas normas, somente por meio da análise política é que renasce o princípio da não – intervenção nos assuntos domésticos de certo Estado<sup>94</sup>.

Neste sistema jurídico autônomo se ordenam as relações entre os Estados soberanos e onde originariamente não é jurisdicionável perante corte alguma e somente sua aquiescência convalida a autoridade de um foro judiciário<sup>95</sup>. Para tanto, tem-se um direito internacional distinto de um direito interno, conforme as duas concepções sobre sua interação: a Teoria Monista e a Teoria Dualista.

---

<sup>91</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Batista Machado, São Paulo, Editora Martins Fontes, 2006, pp. 215 – 260.

<sup>92</sup> COSTA, José de Faria. *Direito Penal Especial, Contributo a uma sistematização dos problemas “especiais” da Parte Especial*, Reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 31- 32.

<sup>93</sup> QUEIROZ, Cristina. *Direito Internacional e Relações Internacionais*. Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 35.

<sup>94</sup> REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público – Curso Elementar*, 11ª edição, 4ª tiragem, São Paulo, Editora Saraiva, 2008, p. 1 e ss.

<sup>95</sup> *Idem*.



Os monistas analisam o direito como uma unidade, no qual as normas internas e internacionais fazem parte de um mesmo ordenamento jurídico, defendendo que a partir do ato de ratificação, a regra internacional passa a vigorar tanto na ordem jurídica internacional como na interna, sem necessidade de uma norma de direito nacional que a integre ao sistema jurídico<sup>96</sup>.

Os dualistas argumentam existir dois sistemas que são mutuamente excludentes que não apresentam qualquer contato entre si, exigindo-se, portanto, a incorporação legislativa, ou seja, processo legislativo para a integração de tratados internacionais comuns ao ordenamento jurídico<sup>97</sup>.

A partir do século XX verifica-se o surgimento de organizações internacionais e a codificação do direito dos tratados, transformando as regras costumeiras em convencionais, incorporados no texto de um tratado. Tratado é todo o acordo formal concluído entre sujeitos de direito internacional público, destinado a produzir efeito compromissivo, cogente e jurídico<sup>98</sup>. São meios e instrumentos pelos quais estes sujeitos criam entre si obrigações “voluntárias”, diferentemente dos deveres e obrigações involuntárias, decorrentes da violação de normas e princípios de direito internacional<sup>99</sup>.

A exemplo da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, chamada por muitos de "Código dos Tratados", teve como uma de suas primeiras preocupações a de definir precisamente o que se entende por tratado. Esta Convenção, em seu art. 2.º, definiu o tratado como sendo um "acordo internacional celebrado por escrito entre Estados e regido pelo direito internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação particular". Em Portugal foi aprovada, para adesão, pela Resolução da Assembleia da República n.º 67/2003, de 7 de Agosto e o Brasil é parte da Convenção de Viena desde 25 de Outubro de 2009, por meio do Decreto nº 7.030 de 14 de Dezembro de 2009, com reserva aos artigos 25º e 66º.

---

<sup>96</sup> QUEIROZ, Cristina, 2009, ob. cit. p. 120; PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7ª edição, revisada, ampliada e atualizada, São Paulo, Editora Saraiva, 2006, pp. 83-85; REZEK, Francisco, 2008, ob. cit. pp. 4-5; e CALDEIRA, Felipe Machado. *A Penologia do Estatuto de Roma e a Constituição in Estudos de Direito Internacional*. Volume XII, Anais do 6º Congresso Brasileiro de Direito Internacional, São Paulo, Juruá Editora, 2008, p. 422.

<sup>97</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7ª edição revisada, ampliada e atualizada, São Paulo, Editora Saraiva, 2006, p. 85.

<sup>98</sup> REZEK, Francisco, 2008, ob. cit. p. 14.

<sup>99</sup> QUEIROZ, Cristina, 2009, ob. cit. p. 243.

Dessa forma, a regra fixada por Flávia Piovesan<sup>100</sup>, a partir da análise da Convenção de Viena e de afirmações de Arnaldo Sussekind é de que os tratados internacionais só se aplicam aos Estados Parte que expressamente consentiram com a sua adoção, proibidos de invocar seu direito interno para descumpri-los, devendo respeitar o princípio da boa-fé, como estabelece o preâmbulo do Diploma: “Constatando que os princípios do livre consentimento e da boa fé e a regra *pacta sunt servanda* são universalmente reconhecidos.” E no artigo 26º em que “todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé”.

O artigo 46º deste diploma estabelece que perante um órgão internacional, o Estado Parte não pode se eximir ao cumprimento da obrigação internacional e o direito interno não pode prevalecer sobre as “normas de direito internacional convencional, normas e princípios de direito internacional comum ou geral ou princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas.”<sup>101</sup>.

No que tange a integração<sup>102</sup> das convenções e tratados internacionais no ordenamento jurídico interno brasileiro, o Supremo Tribunal Federal<sup>103</sup>, entende que os tratados têm eficácia de lei ordinária. Entretanto, no que diz respeito a tratados de direitos humanos, doutrinadores brasileiros<sup>104</sup> entendem que por força da Emenda Constitucional nº 45º que instituiu o art. 5º § 3º<sup>105</sup> na Constituição Federal de 1988 aplica-se a sistemática de incorporação automática, diferentemente no que tange os tratados comuns (exige-se a incorporação legislativa).

O sistema jurídico português adota um sistema de recepção automática de normas e princípios de direito internacional, significando que estas são parte integrante do direito português com o conteúdo e a extensão que possuem no direito internacional, independente da

<sup>100</sup> PIOVESAN, Flávia, 2006, ob. cit, pp. 43–45.

<sup>101</sup> *Ibid*, p. 122.

<sup>102</sup> O procedimento de integração dos tratados internacionais procede por meio do decreto presidencial que sucede à aprovação congressual do ato internacional e à troca dos respectivos instrumentos de ratificação, revela-se – enquanto momento culminante do processo de incorporação desse ato internacional ao sistema jurídico doméstico – manifestação essencial e insuprimível, especialmente se considerados os três efeitos básicos que lhe são pertinentes: a) a promulgação do tratado internacional; b) a publicação oficial de seu texto; e c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno, os tratados em que o Brasil seja parte tem eficácia de lei ordinária no ordenamento jurídico interno.

<sup>103</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade nº1.480-DF, Relator Ministro Celso de Mello, Informativo do Supremo Tribunal Federal, nº 109, DJU, 13.5.1998. *Apud* PIOVESAN, Flávia, 2006, ob. cit. p. 87.

<sup>104</sup> Flávia Piovesan, Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins.

<sup>105</sup> “Artigo 5º, § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004 (Atos aprovados na forma deste parágrafo).”

questão de saber se a Constituição adota uma teoria da transformação ou da adaptação<sup>106</sup>, o direito internacional não perde seu caráter de direito internacional. Cristina Queiroz conclui que se trata de uma cláusula de recepção automática plena, pela qual as normas e princípios de direito internacional comum ou geral são considerados parte do direito do Estado e aplicáveis nessa qualidade pelos tribunais nacionais<sup>107</sup>.

Quer dizer, o Estado brasileiro e o Estado português ao aderirem a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, se comprometeram internacionalmente de modificar sua lei interna de modo a cumprir com as obrigações internacionais<sup>108</sup>.

Nesta linha, a Constituição da República Portuguesa dispõe no artigo 8º<sup>109</sup> a integração do direito internacional no direito interno, ou seja, sua recepção automática. A recepção automática ocorre quando parte do Direito Internacional aceite e válido no Direito Português com independência de qualquer outra formalidade, bastando ter relevância na esfera jurídico-internacional e que sejam regularmente ratificadas, bem como publicadas no Diário da República<sup>110</sup>. Importante ressaltar que o artigo 277º, nº 2 determina que a inconstitucionalidade orgânica ou formal dos tratados ratificados não impede que tais normas sejam aplicadas na ordem jurídica da outra parte, salvo se resultar de violação de uma disposição fundamental.

Dessa forma, a partir da ratificação dos Tratados Internacionais, a exemplo do Estatuto de Roma ratificado pelo Estado Brasileiro e pelo Estado Português, convém analisar quais as conseqüências derivadas destes comandos constitucionais, quando as normas de direito internacional são incompatíveis ou desconsidere direitos e garantias previstos na Constituição, na legislação penal e processual penal e nas leis de proteção ao estrangeiro.

<sup>106</sup> Na teoria da transformação, o direito internacional transforma-se em direito interno e na teoria da adaptação o direito internacional não perde o seu caráter de direito internacional. CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. 2007, ob. cit. pp. 254-255.

<sup>107</sup> QUEIROZ, Cristina, 2009, ob. cit. p. 125.

<sup>108</sup> *Ibid*, p. 122.

<sup>109</sup> “1. As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português. 2. As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português. 3. As normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram directamente na ordem interna, desde que tal se encontre estabelecido nos respectivos tratados constitutivos. 4. As disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respectivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático.”

<sup>110</sup> GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Manual de Direito Internacional Público: Introdução, fontes, relevância, sujeitos, domínio, garantia*, 3ª edição, actualizada, ampliada, Coimbra, Editora Almedina, 2004, p. 433 e ss; MIGUEL, João Manuel da Silva. *Tribunal Penal Internacional: o após Roma e as conseqüências da ratificação*. São Paulo, Revista do Ministério Público, nº 86, ano 22º, Abril – Junho 2001, p. 36.

### 1.1 Direito Internacional Penal<sup>111</sup>: A Responsabilidade Internacional Penal do Indivíduo e os Tribunais Penais Internacionais.

Pedro Caeiro cita Hans-Heinrich Jescheck que define Direito Penal Internacional como o “ramo do direito interno destinado a disciplinar a aplicação da lei penal estadual (substantiva) a factos “internacionais” (sc., que comportam um ou vários “elementos de extraneidade”)”. Define Direito Internacional Penal como um conjunto de princípios e normas de direito internacional sobre matéria penal, inclui obrigações impostas pelo direito costumeiro, direito convencional relativo à repressão de certos crimes e à cooperação judiciária internacional, e os conjuntos normativos-institucionais referentes aos tribunais penais internacionais<sup>112</sup>. Conclui que o conceito de ambos é definido por critérios de natureza diferentes, o primeiro delimita a aplicação da lei penal nacional e internacional pelos tribunais estaduais, a situações com “elementos de extraneidade” e o segundo, regula as condições de aplicação das normas de direito internacional penal, através de normas que cumprem uma função análoga às do “direito penal internacional” estadual<sup>113</sup>.

Direito Internacional Penal é ramo do direito internacional e teve como marco inicial o Congresso de Viena de 1815, no combate à escravatura, existindo mais de trezentos instrumentos internacionais para a proteção dos bens jurídicos reconhecidos internacionalmente<sup>114</sup>. Dentre os

---

<sup>111</sup> Sobre a expressão Direito Internacional Penal e Direito Penal Internacional constata-se que a doutrina emprega a mesma expressão no que se refere ao Direito Internacional Público. Tem-se entendido que direito penal internacional é ramo do direito interno, relativo às relações com os ordenamentos jurídicos estrangeiros e com a jurisdição estrangeira, competente para determinar a competência dos órgãos internos para a repressão dos delitos no âmbito internacional. No caso do direito internacional penal, trata-se de um ramo do direito internacional, concernente à tipificação de delitos por tratados, ao estabelecimento de cortes penais internacionais e à consequente responsabilidade penal do indivíduo frente ao Direito Internacional Público. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tribunal Penal Internacional e o Direito Brasileiro*. 2ª edição revisada e atualizada, Coleção Direito e Ciências afins volume 3, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 21. Também, PALMA, Maria Fernanda. *Tribunal Penal Internacional e Constituição Penal*. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 11, fascículo 1º, Janeiro-Março, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pp. 8-11.

<sup>112</sup> CAEIRO, Pedro. *Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado: O caso Português*. Dissertação de Doutoramento em Ciência Jurídico – Criminais, apresentada a Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2007, p. 36. Também Jorge Bacelar Gouveia define Direito Internacional Penal como o sistema de princípios e de normas de Direito Internacional Público que descreve os crimes internacionais e fixa as respectivas penas, criando mecanismos internacionais, como o Tribunal Penal Internacional, de aplicação dessas sanções criminais. GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Direito Internacional Penal: Uma perspectiva dogmático-crítica*. Coimbra, Editora Almedina, 2008, p. 65 e ss.

<sup>113</sup> CAEIRO, Pedro, 2007, ob. cit. p. 37.

<sup>114</sup> BASSIOUNI, M. Cherif. *Um planteamiento estratégico y comprehensivo de cooperación internacional para La prevención, control y represión de La criminalidad internacional y transnacional, incluyendo La creación de um*

mecanismos de proteção, a doutrina passou a aprofundar o debate sobre a justiça penal internacional a partir da responsabilidade internacional penal do indivíduo, que segundo Jorge Bacelar Gouveia, trata-se de punir aqueles que tenham infringido os mais altos valores protegidos pelo Direito Internacional, sujeitando-os, assim, às penas de prisão, por terem cometido crimes internacionais<sup>115</sup>.

A responsabilidade penal internacional do indivíduo se fundamenta pelo fato de que o indivíduo é o destinatário das normas de direito internacional que proíbe o tráfico de escravos, o genocídio, crimes de guerra e outros delitos previstos no Direito Internacional<sup>116</sup>. O julgamento dos indivíduos por infrações internacionais ampliou-se depois da Segunda Guerra Mundial em 1945, contudo, a aplicação do direito internacional pelo costume ou pelo procedimento convencional com vista a criar deveres e responsabilidades aos indivíduos é real, porém fragmentária e empírica<sup>117</sup>.

A origem mais antiga e consuetudinária da responsabilidade penal internacional do indivíduo se verifica nas regras aplicáveis à pirataria marítima codificada no conjunto do Direito do Mar pela Convenção de Genebra sobre Alto Mar, depois retomadas, sem alteração, pela Convenção de Montego Bay, de 10 de Dezembro de 1982. Outra infração responsabilizada internacionalmente foi o tráfico de escravos, considerado como atividade ilícita na Convenção de 7 de Setembro de 1956 por iniciativa do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, bem

---

*tribunal internacional*. Anuario de Derecho Penal e ciencias penales, tomo XLV, fascículo I, Jan./Abr. 1992, Madrid, pp. 665-680.

<sup>115</sup> GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Manual de Direito Internacional Público: Introdução, fontes, relevância, sujeitos, domínio, garantia*, 2ª edição, actualizada, ampliada, Coimbra, Editora Almedina, 2004, pp. 683-690. Jorge Bacelar Gouveia explicita sobre as cinco fases da evolução da responsabilidade penal internacional do indivíduo. A primeira fase é de índole costumeira, com a possibilidade do seu julgamento pelas jurisdições nacionais e reflete os crimes internacionais de pirataria em alto mar, de tráfico de escravos, de tráfico de estupefacientes, pirataria aérea e o terrorismo. A segunda fase de afirmação circunstancial, substantiva e processual protagonizada pela criação dos Tribunais de Nurembergue e de Tóquio que tiveram a missão de condenar penalmente os militares vencidos, estabelecendo os crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade. A terceira fase de afirmação substantiva geral está caracterizada pela celebração de relevantes tratados internacionais sobre crimes internacionais como a Convenção sobre a repressão do Genocídio de 1948, a 4ª Convenção de Genebra de 1949, a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade de 1968 e a Convenção sobre o Crime de Apartheid de 1973. A quarta fase de afirmação processual efetiva e pontual surge com a criação dos tribunais penais internacionais *ad hoc* para a Ruanda e ex-Jugoslávia. Por fim, a quinta fase de afirmação global, substantiva e processual é caracterizada pela criação do Tribunal Penal Internacional no Estatuto de Roma em 17 de Julho de 1998.

<sup>116</sup> HALAJEZUK, Bohdan T.; DOMINGUEZ, Maria Teresa Del R. Moya. *Derecho Internacional Público*. 3ª edição, Buenos Aires, Sociedad Anónima Editora Comercial, Industrial y Financeira, 1999, p. 532.

<sup>117</sup> DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. 2ª edição, tradução Vítor Marques Coelho, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, pp. 720-721.

como nas Convenções de Paris de 1904 e 1910 referentes ao tráfico de mulheres e crianças e mais recentemente nos protocolos de Nova Iorque de 2001.

Nesta linha, o tráfico de estupefacientes foi constituído como infração internacional pelas Convenções de Haia de 1912 e de Genebra de 1936, substituídas pela Convenção de 30 de Março de 1961 contemplada pela Convenção de Viena de 1971 e Protocolo de 1988. Bem como, a interferência ilícita da aviação civil internacional que considera ilícito a pirataria aérea conforme assimilação das Convenções de Genebra sobre o Alto Mar de 1958 e de Montego de 1982.

Pode-se explicitar que alguns instrumentos internacionais que visavam reprimir o terrorismo foram instituídos para responsabilização internacional do indivíduo por atentados à segurança do Estado, a exemplo da Convenção para a prevenção e repressão de atos terroristas adotada em 1971 em Washington. Principalmente após os atentados terroristas no decurso dos Jogos Olímpicos de Munique em 1972, o Conselho da Europa adotou a Convenção Europeia para a Repressão do Terrorismo, assinada em 7 de Janeiro de 1977 e aplicada pela Comunidade Europeia pela Convenção de Dublin em 1979.

O rol de precedentes sobre a responsabilidade penal internacional do indivíduo não é exaustivo, porém, entende-se que os crimes internacionais afetam a comunidade internacional e a consciência da humanidade e o indivíduo é sujeito de direitos e obrigações na sociedade internacional, pois os crimes contra o direito internacional são praticados por homens e não por entidades abstratas e somente através da punição dos indivíduos responsáveis é que a normas de direito internacional poderão ser executadas, sem comprometer seu sentido útil<sup>118</sup>.

Importante ressaltar que a primeira referência a uma norma sobre responsabilidade penal individual foi na aplicação do artigo 227º ao 229º do Tratado de Versalhes de 1919 pelos vencedores da Primeira Guerra Mundial, culpando Guilherme II, imperador da Alemanha por ofensa suprema contra a moral internacional e inviolabilidade dos Tratados<sup>119</sup>. Posteriormente o Acordo de Londres de 8 de Agosto de 1945 estabeleceu o Estatuto do Tribunal de Nurembergue encarregado de julgar os grandes criminosos das guerras alemãs, pois pela primeira vez os crimes de guerra, os crimes contra a paz e crimes contra a humanidade são expressamente previstos e

---

<sup>118</sup> ALMEIDA, Francisco António de M. L. Ferreira de. *Os Crimes Contra a Humanidade no Actual Direito Internacional Penal*. Dissertação para doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, Editora Almedina, 2009, p. 193. AMBOS, Kai in TRIFFTERER, Otto. *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observer's Notes, Article by Article*, Hart Publishing, 1999; GOUVEIA, Jorge Bacelar, 2008, ob. cit. p. 59 e ss.

<sup>119</sup> ALMEIDA, Francisco António de M. L. Ferreira de, 2009, ob. cit. p. 28.

definidos no texto convencional e as pessoas de mais alto cargo e agentes públicos são visados, ou seja, os sujeitos ativos da infração podem ser pessoas que representam o Estado e agem em seu nome<sup>120</sup>.

O Tribunal Militar de Nurembergue<sup>121</sup> foi constituído no pós-guerra para julgar os responsáveis pelo extermínio de nove milhões de pessoas, entre as quais seis milhões de judeus, durante o período da Segunda Guerra Mundial. Críticas a este tribunal apontam, dentre outros argumentos, que se tratou de um estatuto criado pelos vencedores, que eram também juízes, assim como a existência de tipos penais vagos e imprecisos, que infringia o princípio da legalidade, o da irretroatividade da lei penal, dentre outros.

O Tribunal Militar de Tóquio instituído pela Carta do Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente<sup>122</sup> criado em 1946 para julgar crimes cometidos na 2ª Guerra Mundial seguiu os mesmos moldes do Tribunal de Nuremberg. Ele foi fundado por uma proclamação do General MacArthur, que atuou como comandante-em-chefe dos Aliados, estabelecendo o estatuto que é muito parecido com Nuremberg..

Subseqüente a Carta de Londres de 1945, com o fim da guerra fria e diante dos crimes cometidos em grande escala na ex-Jugoslávia, inicialmente, e no Ruanda, conduziram a instituição dos Tribunais Penais Internacionais *ad hoc*<sup>123</sup> para a Antiga Jugoslávia<sup>124</sup> e para Ruanda<sup>125</sup>. O primeiro foi criado com base no Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, por

<sup>120</sup> DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain, 2003, ob. cit. p. 726.

<sup>121</sup> Opinião de Hannah Arendt, Rainer Huhle e Joanisval Brito Gonçalves. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, 2009, ob. cit. pp. 27 – 28; GOUVEIA, Jorge Bacelar, 2008, ob. cit. pp. 110-116; e CUNHA, Joaquim Moreira da Silva; PEREIRA, Maria da Assunção do Vale. *Manual de Direito Internacional Público*. 2ª Edição, Coimbra, Editora Almedina, 2004, pp. 485-486; e GARCÍA, Francisco Jiménez. *La Corte Penal Internacional in ROMANI, Carlos Fernández de Casadevante. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. 2ª edición, Madrid, Editorial Dilex, SI, 2003, pp. 382-383.

<sup>122</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, 2009, ob. cit. pp. 27-28; GOUVEIA, Jorge Bacelar, 2008, ob. cit. pp. 110-116; e CUNHA, Joaquim Moreira da Silva; PEREIRA, Maria da Assunção do Vale, 2004, ob. cit. pp. 485-486; e GARCÍA, Francisco Jiménez, 2003, ob. cit. pp. 382-383.

<sup>123</sup> Sobre os Tribunais Penais Internacionais para a Antiga Jugoslávia e para o Ruanda DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain, 2003, ob. cit. p. 735-738; e CAEIRO, Pedro. *Claros e escuros de um autorretrato: Breve anotação à jurisprudência dos Tribunais Penais Internacionais para a antiga Jugoslávia e para o Ruanda sobre a própria legitimação in Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários*, Instituto de Direito Penal Económico e Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Volume III, Coimbra, Editora Coimbra, 2009, pp. 12-31.

<sup>124</sup> DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain, 2003, ob. cit. pp. 735-738; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, 2009, ob. cit. pp. 29-32; GOUVEIA, Jorge Bacelar, 2008, ob. cit. pp. 120-130; CUNHA, Joaquim Moreira da Silva; PEREIRA, Maria da Assunção do Vale, 2004, ob. cit. pp. 485-486; e GARCÍA, Francisco Jiménez, 2003, ob. cit. pp. 382-383.

<sup>125</sup> DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain, 2003, ob. cit. p. 735-738; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, ob. Cit. 2009, pp. 30-32; GOUVEIA, Jorge Bacelar, 2008, ob. cit. p. 120-130; BRITO, Wladimir, *Tribunal*

intermédio das Resoluções 808 e 827 o Conselho de Segurança em 1993 o estabeleceu no objetivo de processar os responsáveis pelas violações de Direito Internacional Humanitário cometidos no território iugoslavo a partir de 1991. Dentre as críticas levantadas pela doutrina, uma diz respeito a legitimidade do Tribunal a partir das competências estabelecidas e a criação desta instituição em detrimento de um tribunal para o Camboja e para o Iraque.

O Tribunal para Ruanda foi criado pelo Conselho de Segurança da ONU para julgar os crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, violações das Convenções de Genebra praticados por cidadãos ruandenses em território vizinho no ano de 1994. Também foi criticado no que tange a competência *ratione temporis*, a insuficiência na estrutura, composto por Procuradores comuns aos Tribunais de Ruanda e da Antiga Jugoslávia, bem como a participação de países que apoiaram o genocídio e dentre outros motivos, a possibilidade de cumprimento de pena dos condenados pelo Tribunal em outros países.

Importante ressaltar que os estatutos do Tribunal de Nurembergue e de Tóquio definiram três categorias de infrações internacionais, crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade, cujos autores podem ser agentes públicos. Por essa razão, iniciaram-se os trabalhos de codificação posteriores quando a Assembléia Geral da ONU solicitou por meio da resolução nº 177 de 1947 à CDI estabelecer um projeto único de código de crimes contra a paz e a segurança da humanidade. Finalmente em 1991 a CDI enumera e tenta definir os crimes de agressão, de genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes contra o pessoal das Nações Unidas e o pessoal associado, bem como os crimes de guerra. Contudo, a questão foi retomada no estabelecimento da competência do Tribunal Penal Internacional no artigo 5º, § 1º da Convenção de Roma de 17 de Julho de 1998 para os crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes de agressão.

Conforme afirma William Schabas o Tribunal Penal Internacional foi instituído no artigo 25º e parágrafos e art. 28º, para punir os indivíduos, sob o fundamento de que era mais viável na hipótese de restituição e compensação das vítimas<sup>126</sup>. Assim, esse desenvolvimento do direito internacional dá-se com o aparecimento de tipos penais internacionais, e, no plano interno, com a

---

*Penal Internacional: uma garantia jurisdicional para a proteção dos direitos da pessoa humana*. volume LXXVI do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2000, pp. 81-128; MIGUEL, João Manuel da Silva. *Tribunal Penal Internacional: o após Roma e as conseqüências da ratificação*. Revista do Ministério Público, nº 86, ano 22º, Abril – Junho 2001, p. 27 e ss; CUNHA, Joaquim Moreira da Silva; PEREIRA, Maria da Assunção do Vale, 2004, ob. cit. pp. 485-486; e GARCÍA, Francisco Jiménez, 2003, ob. cit. pp. 382-383.

<sup>126</sup> FERNANDES, David Augusto. *Tribunal Penal Internacional: a concretização de um sonho*. São Paulo, Editora Renovar, 2006, pp. 173–174.



constitucionalização do direito. O Direito Internacional Penal é fruto da necessidade de aplicação internacional das regras penais internas e a existência de aspectos penais nas normas internacionais, o que levou a internacionalização da prevenção e repressão aos crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e o crime de agressão.

Também, a legitimidade, a inobservância dos princípios de direito internacional e do princípio da legalidade perpetrados pelos Tribunais de Nurembergue, de Tóquio e os Tribunais *Ad Hoc* estimularam e estimulam muitas reflexões acadêmicas referentes à formação de uma jurisdição penal internacional. Primeiramente sobre a jurisprudência relativa aos crimes de competência destas cortes como o crime de genocídio, também sobre o princípio da responsabilidade penal individual direta no Direito Internacional e sobre o enriquecimento no debate em torno da necessidade de criação do Tribunal Penal Internacional permanente de alcance universal.

Além da responsabilidade por crimes definidos pelo Direito Internacional, independentemente da existência de lei interna, os Tribunais de Nurembergue, de Tóquio e os Tribunais *Ad Hoc* estabeleceram o não-reconhecimento de imunidades de jurisdição para crimes definidos pelo Direito Internacional e o não-reconhecimento de ordens superiores como excusa de responsabilidade<sup>127</sup>. Importante ressaltar que a responsabilidade penal internacional individual se aplica a diversos sistemas internos de justiça criminal o que implica ausência de uniformidade referentes aos elementos constitutivos de responsabilidade penal, às excludentes de exoneração, aos tipos penais, principalmente aos dispositivos previstos na Parte Geral dos Códigos Penais nacionais, fato que demonstra início de incompatibilidades no que tange ao princípio da legalidade e ao da responsabilidade individual penal<sup>128</sup>.

Após a adoção da Convenção sobre o genocídio, em 1948, a Assembléia Geral das Nações Unidas requisitou à Comissão de Direito Internacional, criada em 1947, um projeto para o Tribunal Penal Internacional Permanente<sup>129</sup>. Em 1953 foi elaborado o projeto que limitava a

---

<sup>127</sup> SABÓIA, Gilberto Vergne. *A criação do Tribunal Penal Internacional*. Texto produzido pelo autor baseado na conferência proferida no Seminário Internacional “O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira” promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em 29 de Setembro de 1999, no auditório do Superior Tribunal de Justiça, em Brasília, DF, Brasil. Revista Centro de Estudos Judiciários, nº 11, Agosto/2000, pp. 5-13.

<sup>128</sup> ALMEIDA, Francisco António de M. L. Ferreira de, 2009, ob. cit. pp. 193-194.

<sup>129</sup> No Seminário Especializado em Ciências Jurídico Criminais do Curso de Doutorado 2009/2010 da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, realizado dia 28 de Novembro de 2009, presidido pelo Professor Doutor Faria Costa, foi relatado pelo doutorando Juiz Federal Bruno Paiva sobre o Tribunal Penal Internacional de caráter permanente que solucionaria os erros dos Tribunais anteriores. Contudo, mencionou as dificuldades de inserção do

competência do Tribunal para julgamento dos atos ilícitos executados por pessoas físicas, confirmando o princípio da responsabilidade internacional do indivíduo. Por fim, em 1992, criou-se outro grupo de trabalho que apresentou à Assembléia um Estatuto de Tribunal Penal Internacional e sugeriu uma conferência de plenipotenciários para a instituição de um tratado para a criação da Corte, a partir do relatório do Comitê preparatório para criação do Tribunal Penal Internacional<sup>130</sup>. Assim, após anos de trabalho, em julho de 1998, em Roma, na Conferência Diplomática de Plenipotenciários das Nações Unidas, adotou-se o Estatuto do Tribunal Penal Internacional com jurisdição criminal permanente, dotado de personalidade jurídica própria, com sede em Haia, Holanda. Foi aprovado por 120 Estados contra sete votos contrários de China, Estados Unidos<sup>131</sup>, Iêmen, Iraque, Israel, Líbia e Quatar, e 21 abstenções<sup>132</sup>.

Em setembro de 2002, conforme previsto no artigo 21º do Estatuto de Roma foi aprovado o Regulamento Processual (*Rules of Procedure and Evidence*) e os Elementos Constitutivos do Crime (*Elements of Crimes*), integrantes do arcabouço normativo do Tribunal Penal Internacional. O Regimento do Tribunal (*Regulations of the Court*) foi redigido pelos juízes do Tribunal, sob a coordenação de Claus Kreb, que entrou em vigor em Novembro de 2004.

Pela primeira vez surge uma jurisdição penal permanente com dimensão constitucional, enquanto instrumento de Direito Internacional Público que funda órgãos com poderes judiciários. Isto porque não funciona com intermitência e integra uma estrutura duradoura que está ativa,

---

Estatuto no ordenamento jurídico português e brasileiro, inicialmente sobre a previsão da pena de prisão perpétua para crimes tipificados no Diploma, já relativizada na Itália e na Alemanha, indagando se existe proporcionalidade entre os crimes e as penas, principalmente em razão do grau de subjetividade da aplicação da pena. Também mencionou sobre o instituto da entrega que poderá ser implementado diante da similitude ao mandado de detenção europeu e da relativização da extradição. Posteriormente foi discutido o esvaziamento do instituto das imunidades, visto que nunca o Supremo Tribunal Federal brasileiro condenou agentes políticos que detém imunidades se o Estado brasileiro e o português aceitaram o Estatuto, a irrelevância da imunidade deve ser adotada. Por fim, questionou-se sobre o significado do Tribunal Penal Internacional, diante da não ratificação dos Estados Unidos, Rússia e China, por exemplo, que buscam manter seus nacionais imunes, apesar de integrarem o Conselho de Segurança da ONU.

<sup>130</sup> BASSIOUNI, m. Cherif. *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*. Second Revised Edition, Kluwer Law International, 1999, pp. 370-373

<sup>131</sup> Importante ressaltar que em 6 de Maio de 2002 os Estados Unidos e Israel em 28 de Agosto do mesmo ano, notificaram formalmente o Secretário-Geral das Nações Unidas de que não tinham a intenção de se tornar partes no respectivo tratado. Ademais, os Estados Unidos vêm pretendendo realizar acordos bilaterais com os demais Estados – Partes do TPI com a finalidade de excluir os seus nacionais da jurisdição do Tribunal. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, 2009, ob. cit. p. 39; e CUNHA, Joaquim Moreira da Silva; PEREIRA, Maria da Assunção do Vale, 2004, ob. cit. p. 493. Nesse sentido questiona Vital Moreira: “se os Estados Unidos ratificarem o TPI e acordarem aos norte americanos esse privilégio, com que legitimidade é que julgarão ou enviarão para Haia cidadãos de outras nacionalidades argüidos desses crimes (incluindo os seus próprios nacionais)” MOREIRA, Vital. *Atribuições do Tribunal Penal Internacional*, in Revista Público, 1º de Outubro de 2002.

<sup>132</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, 2009, ob. cit. p. 38.

independente das violações que venham a ser cometida ao Direito Internacional<sup>133</sup>. Goza de dimensão orgânica-institucional e de dimensão material ou substantiva, pois dispõe de normas que definem pressupostos de punição, definição de crime e de penas. Dimensão processual, onde se reúnem normas de processo penal, a dimensão executiva, no que se refere à execução de penas e, por fim, a dimensão de cooperação dos Estados com o Tribunal<sup>134</sup>. Por fim, é uma justiça independente porque sua criação repousa no acordo de vontades da generalidade dos Estados, sob os ditames da ONU, não sendo o fruto de uma vontade restrita<sup>135</sup>.

O Brasil assinou o Estatuto de Roma em 7 de Fevereiro de 2000, o Congresso Nacional aprovou em 06 de junho de 2002, por meio do Decreto Legislativo 112 em 26 de Setembro de 2002 e promulgado por meio do Decreto Presidencial nº 4.388. Depositado em 20 de Junho de 2002, o Estatuto passou a vigorar em 1º de Setembro de 2002. E, a partir da Emenda Constitucional nº45/2004, foi acrescentado o §4º ao artigo 5º da Constituição da República, que prevê expressamente a submissão do Brasil à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, integrando-se ao direito brasileiro com *status* de norma materialmente constitucional, passando a ampliar sobremaneira o “bloco de constitucionalidade” da nossa Carta Magna<sup>136</sup>.

No Brasil, a maioria da doutrina entende que o Estatuto de Roma tem natureza de tratado de direitos humanos, visto que o artigo 8º do estatuto estabelece crimes contra a humanidade, crimes de guerra, de genocídio e de agressão, remetendo a várias violações de direitos humanos relacionados ao Direito Internacional Humanitário<sup>137</sup>. Nesse sentido, a partir do artigo 5º, § 3º da CRB que estabelece que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais, como é o caso do Estatuto de Roma, com natureza de emenda constitucional.

Em Portugal, foi aprovado para ratificação pela Resolução do AR nº 3/2002, de 18 de Janeiro, e ratificado pelo Decreto do Presidente da República nº2/2002, de 18 de Janeiro. No intuito de não proporcionar contradições do texto do Estatuto de Roma, instituído pelo regime de

<sup>133</sup> GOUVEIA, Jorge Bacelar, 2004, ob. cit. p. 690.

<sup>134</sup> CAEIRO, Pedro. *Alguns aspectos do Estatuto de Roma e os reflexos da sua ratificação na proibição constitucional de extraditar em caso de prisão perpétua*. Separa Direito e Cidadania, nº 18, ano V, Setembro a Dezembro, 2003, pp. 41-43.

<sup>135</sup> GOUVEIA, Jorge Bacelar, 2004, ob. cit. p. 690.

<sup>136</sup> CAEIRO, Pedro, 2003, ob. cit. p. 41

<sup>137</sup> OSUNA, Ana Salado. *El Estatuto de Roma de La Corte Penal Internacional y los derechos humanos*. In SALSEDO, Juan Antonio Carrillo. *La criminalización de la barbárie: La Corte Penal Internacional* Consejo General Del Poder Judicial, Madrid, 2000, pp. 269-300.

recepção automática plena<sup>138</sup>, o legislador procedeu V revisão constitucional aprovada pela LC nº 1/2001 de 12 de dezembro<sup>139</sup>. Assim, o nº 7, artigo 7º da Constituição da República Portuguesa aceitou a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, nas condições de complementaridade e demais termos estabelecidos no Estatuto de Roma, tendo por objetivo uma justiça internacional que promova o respeito pelos direitos da pessoa humana e dos povos<sup>140</sup>.

O Estatuto de Roma criou o Tribunal Penal Internacional com jurisdição aos Estados Parte, possuindo maior legitimidade do que gozam os Tribunais Internacionais do passado, com o objetivo de fortalecer a jurisdição interna dos mesmos para promover a prestação jurisdicional adequada, caso ocorra crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e o crime de agressão, cometidos após dia 1 de Julho de 2002.

## 1.2 O Tribunal Penal Internacional: Fundamentos e principais controvérsias do Estatuto de Roma

O fundamento mais remoto da instituição de tribunais penais no plano internacional foi em 1474 na Alemanha para julgar Peter Von Hagenbach, por haver consentido que suas tropas estupassem e levassem à morte centenas de civis e a saques a propriedades<sup>141</sup>.

Todos esses acontecimentos tornavam mais premente a criação de uma Justiça Penal Internacional constituída por um aparato jurídico e normas de Direito Internacional destinados à execução e à repressão dos crimes perpetrados contra o Direito Internacional, que atualmente se encontra na fase<sup>142</sup> de jurisdicionalização em que deve ser compreendidos a criação e o funcionamento do Tribunal Penal Internacional.

<sup>138</sup> A partir do nº 2 do artigo 8º da Constituição Portuguesa estabelece um regime de recepção automática plena, afastando a necessidade de observância de regras ou formas constitucionais específicas de vinculação do Estado português ao direito internacional. Sobre o assunto QUEIROZ, Cristina, 2009, ob. cit. p. 125; CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. 2007, ob. cit. pp. 254-255.

<sup>139</sup> GOUVEIA, Jorge Bacelar, 2008, ob. cit. p. 432.

<sup>140</sup> QUEIROZ, Cristina, 2009, ob. cit. p. 123.

<sup>141</sup> BASSIOUNI, M. Cherif. *The Times has come for a International Criminal Court*. Indiana International e Comaparative Law Rewiew, nº 1, volume 1, 1991.

<sup>142</sup> Jorge Miranda afirma que o Direito Internacional Público, fruto do desenvolvimento histórico, abrange algumas tendências em oito fases: a universalização, voltada à autodeterminação dos povos e a universalização deste direito; a regionalização que cria espaços regionais por razões econômicas, políticas e culturais gerando solidariedade entre os Estados, como a União Européia; a institucionalização tornando-se um direito mais presente nas organizações internacionais como a ONU; a funcionalização a qual eleva as relações internacionais, gerando necessidade de regulamentação e soluções de problemas internos e a criação de organismos internacionais; a humanização do Direito Internacional, tendo por base a proteção de direitos nascida no pós Segunda Guerra, desde a Carta das Nações Unidas (1945), a Declaração Universal do Direitos Humanos(1948) e inúmeros tratados internacionais de proteção dos direitos humanos; a objetivação, em que a vontade dos atores internacionais é o fundamento único da

O Tribunal Penal Internacional trouxe no campo teórico a efetivação de uma justiça penal permanente<sup>143</sup> e a jurisdição universal que irá julgar todo e qualquer cidadão de todos os Estados-parte, conforme o artigo 1º do Estatuto, de forma independente e de forma complementar as jurisdições estatais. Surge, pois, como uma resposta à necessidade internacional de prevenção e punição da criminalidade<sup>144</sup>.

Também, o artigo 25º e os parágrafos 1º e 2º<sup>145</sup> denota o caráter universal do princípio da responsabilidade internacional penal do indivíduo, quando autor ou co-autor comete um crime submetido à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, analisado a partir de atos praticados num “contexto colectivo e de forma sistemática (caso, notório, dos crimes contra a humanidade), em que a quota-parte da contribuição do indivíduo para o resultado proibido nem sempre se revela imediatamente apreensível”<sup>146</sup>.

Ocorre que uma das questões mais discutidas na elaboração do Estatuto de Roma foi a preocupação com a preservação da soberania jurisdicional dos Estados, relativo a possíveis conflitos entre as disposições do Estatuto e as legislações internas dos Estados. A questão da competência da Corte que foi limitada a quatro crimes principais: genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e de agressão, muitos destes não previstos na legislação interna dos Estados Parte, que, inicialmente estaria superada por meio do princípio da complementaridade previsto no preâmbulo e no artigo 1º<sup>147</sup> do Estatuto.

---

existência do Direito Internacional Público, a codificação, que vem merecendo destaque visto que de acordo com Assembléia Geral da ONU, o objetivo é incentivar o desenvolvimento progressivo do direito internacional e a sua codificação e, por fim, a jurisdicionalização, que a medida que se desenvolvem regras de proteção internacional dos direitos humanos, se eleva a criação de tribunais internacionais de natureza diversa que violem direitos humanos. MIRANDA, Jorge. *A incorporação ao direito interno de instrumentos jurídicos de direito internacional humanitário e direito internacional dos direitos humanos*. Revista Centro de Estudos Judiciários, Conselho da Justiça Federal, nº 11, Brasília, 2000, pp. 23-26.

<sup>143</sup> Sobre a permanência do TPI, BRITO, Wladimir. *Tribunal Penal Internacional: Uma garantia jurisdicional a proteção dos direitos da pessoa humana*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Volume LXXVI, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, pp. 81-128.”De acordo com o artigo 1º do Estatuto de Roma de 1998, que cria este Tribunal “(...) shall be a permanent institution” o que inaugura uma nova fase de justiça penal internacional, só possível nesta etapa da evolução da da Justiça Internacional (...)”.

<sup>144</sup> Para um estudo aprofundado do Estatuto de Roma. [http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/OI/TPI/Estatuto\\_Tribunal\\_Penal\\_Internacional.htm](http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/OI/TPI/Estatuto_Tribunal_Penal_Internacional.htm). Acesso em 17 de Novembro de 2009.

<sup>145</sup> “Artigo 25.º Responsabilidade criminal individual 1 - De acordo com o presente Estatuto, o Tribunal será competente para julgar as pessoas singulares. 2 - Quem cometer um crime da competência do Tribunal será considerado individualmente responsável e poderá ser punido de acordo com o presente Estatuto.”

<sup>146</sup> ALMEIDA, Francisco António de M. L. Ferreira de, 2009, ob. cit. p. 237; AMBOS, Kai in TRIFFTERER, Otto, 1999, ob. cit. pp. 476-477.

<sup>147</sup> “Sublinhando que o Tribunal Penal Internacional criado pelo presente Estatuto será complementar das jurisdições penais nacionais;” e Artigo 1º “É criado, pelo presente instrumento, um Tribunal Penal Internacional. O Tribunal

Outro ponto a ser discutido no presente trabalho direciona a incompatibilidade do instituto da entrega previsto no artigo 89º e artigo 102º do Estatuto de Roma perante o ordenamento jurídico brasileiro e o português, quanto à existência do instituto da extradição.

Pois o Estatuto cria uma estrutura institucional, o Tribunal Penal Internacional, e regulamenta os crimes objeto de persecução criminal e os procedimentos de julgamento dos acusados, sendo um tratado de cooperação internacional e de assistência judicial entre os Estados Parte. A adoção do Estatuto foi a técnica mais apropriada para a criação de um Tribunal Penal Internacional, garantindo o respeito e a soberania dos Estados, essencial para proteção dos direitos dos indivíduos na sociedade internacional.

O Estado brasileiro e o português se vincularam à jurisdição do Tribunal Penal Internacional através da competência automática ou inerente, conforme art. 12º, §1º, na qual se tornaram parte do Estatuto, aceitando a competência da Corte nos crimes previstos no art. 5º. Aceitam também as condições necessárias para o exercício da jurisdição do Tribunal, que se realizará por investigações iniciadas pelo Conselho de Segurança da ONU, ou por um Estado Parte, quando oferecer denúncia ao Promotor, ou, este poderá com base em informações provenientes de diferentes fontes, iniciar as investigações para o exercício da jurisdição, desde que obtenha a aprovação da Câmara de Questões Preliminares do Tribunal<sup>148</sup>.

## 2. Aparentes incompatibilidades entre o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional e o ordenamento jurídico brasileiro e português: Instituto da entrega e o da extradição

Uma das formas de cooperação judiciária instituída pelo Estatuto de Roma aplicável em Portugal é a entrega de uma pessoa realizada por um Estado ao Tribunal Penal Internacional, prevista no artigo 89º e 102º do Estatuto, também prevista na Convenção Relativa ao processo Simplificado de Extradição entre os Estados-membros da União Européia de 1995, assim como na Decisão-quadro do Conselho relativa ao mandato de detenção europeu<sup>149</sup> e nos processos de entrega entre os Estados-membros de 2001<sup>150</sup>.

---

será uma instituição permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional, de acordo com o presente Estatuto, e será complementar das jurisdições penais nacionais. A competência e o funcionamento do Tribunal reger-se-ão pelo presente Estatuto.”

<sup>148</sup> SABÓIA, Gilberto Vergne, 2000, ob. cit. p. 11.

<sup>149</sup> O Mandado de Detenção Europeu foi introduzido pelo Conselho Europeu de Tampere, em 1999, e constitui a primeira concretização do princípio do reconhecimento mútuo, em que as autoridades competentes do Estado-

A entrega consubstancia-se numa estrutura processual diferenciada de extradição e de transferência<sup>151</sup> de acusados ou condenados no que diz respeito às entidades requeridas e requerentes, ao fundamento do pedido e à simplicidade e celeridade do procedimento. Não obstante, as regras penais e procedimentais estabelecidas no Estatuto de Roma a partir de uma leitura simplista do texto podem pressupor incompatibilidades com a Constituição Brasileira e a Portuguesa, no que se refere às normas proibitivas da extradição, que foram ignoradas pelo instituto da entrega.

Não é objetivo de esta tese esgotar toda a matéria referente às incompatibilidades entre o Estatuto de Roma e o instituto da entrega inserido no ordenamento jurídico brasileiro e português, tendo por referência o instituto da extradição.

Contudo, há intensa discussão na doutrina no sentido de haver inconstitucionalidade do instituto da entrega, em razão das seguintes questões de fundamental importância: a jurisdição e competência do Tribunal Penal Internacional no que tange eventual violação de soberania; a entrega de nacionais ao Tribunal Penal Internacional; a entrega no caso de haver crime comum e não de natureza política; a questão das imunidades internacionais e internas relativa ao foro de prerrogativa de função, a instituição da pena de prisão perpétua e a imprescritibilidade dos crimes previstos no Estatuto.

Afirma Mazzuoli, no que se refere ao ordenamento jurídico brasileiro, que pode existir uma inconstitucionalidade intrínseca<sup>152</sup>, a partir da incorporação do Estatuto de Roma, quando, apesar de formalmente ter respeitado todo o procedimento constitucional de conclusão previsto no ordenamento interno, ainda existem normas violadoras de dispositivos constitucionais,

---

Membro no território do qual a decisão pode ser executada devem prestar colaboração à execução desta decisão como se fosse uma decisão tomada por uma autoridade competente deste Estado. O Mandado é uma forma de simplificação do processo de entrega entre os Estados Membros para aceleração do processo, ligado à sua judicialização, contribuindo para o melhoramento da posição jurídica da pessoa que é objeto do mandado em relação ao processo de extradição. RODRIGUES, Anabela Miranda. *O Mandado de Detenção Europeu – na via da construção de um sistema penal europeu: um passo ou um salto?* in *Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários*, Instituto de Direito Penal Económico e Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Volume III, Coimbra, Editora Coimbra, 2009, pp. 33-58.

<sup>150</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital, 2007, ob. cit. p. 535.

<sup>151</sup> No âmbito da União Européia, a transferência ocorre entre países da União de condenados em pena ou sujeitos a medida de segurança privativas de liberdade em que a pessoa já condenada é transferida para o Estado de que é nacional para cumprimento de pena ou medida de segurança aplicada por outro Estado, prevista na Convenção do Conselho da Europa relativa à transferência de pessoas condenadas de 1983, Lei 144/99, assim como prevista no Estatuto de Roma artigo 99º. CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 535.

<sup>152</sup> Um estudo aprofundado sobre a inconstitucionalidade intrínseca dos tratados internacionais MAZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados internacionais: com comentários à Convenção de Viena de 1969*. 2º edição, ampliada e atualizada, São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2004, pp. 247-252.

diferentemente da inconstitucionalidade extrínseca ou ratificação imperfeita, quando o procedimento de ratificação é prescindido de requisito formalmente exigido pela Constituição<sup>153</sup>.

Nesse sentido, o mesmo problema ocorre no ordenamento jurídico português no que se refere às objeções de inconstitucionalidade que surgiram quanto às questões da admissibilidade de jurisdição do Tribunal Penal Internacional, o estabelecimento de prisão perpétua, a imprescritibilidade dos crimes previstos no Estatuto, as imunidades constitucionais, dentre outras contradições<sup>154</sup>.

O instituto da entrega, previsto no artigo 102º, estabelece que para os fins do presente Estatuto de Roma, entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado ao Tribunal. E com base no artigo 89º, o Tribunal poderá dirigir um pedido de entrega de uma pessoa a qualquer Estado em cujo território essa pessoa se possa encontrar, e solicitar a cooperação desse Estado na detenção e entrega da pessoa em causa para ser processada e julgada por esta Corte. Os Estados Parte poderão autorizar, conforme o procedimento previsto na respectiva legislação interna, o trânsito, pelo seu território, de uma pessoa entregue ao Tribunal por um outro Estado.

Ocorre que não há no ordenamento jurídico brasileiro nem no ordenamento jurídico português legislação interna que regulamente o procedimento de entrega no que se refere à competência para a análise da fase administrativa de decisão de soberania realizada pelo governo e a competência do judiciário para a análise deste pedido. Também, as aparentes incompatibilidades dos requisitos da entrega comparados com os da extradição foram adotadas pela doutrina, em razão das semelhanças entre os dois institutos, fato que impossibilitaria a entrega ao Tribunal Penal Internacional de qualquer pessoa pelo Estado brasileiro ou pelo Estado português.

Na verdade, entende-se que a extradição e a entrega são institutos de cooperação para repressão e punição dos crimes que ultrapassam as fronteiras estatais que infringem a sociedade internacional. Assim, a diferenciação dos institutos é a primeira solução para dirimir o problema, pois a entrega é um processo de resposta a um Tribunal e a extradição é um pedido de um Estado a outro, aceite por critérios de legalidade e oportunidade política.

A entrega corresponde ao modelo vertical de cooperação estabelecido entre o Tribunal e os Estados Partes, não havendo um juízo e decisão política dos Estados que aderiram ao Estatuto,

---

<sup>153</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, 2009, ob. cit. p. 75.

<sup>154</sup> GOUVEIA, Jorge Bacelar, 2004, ob. cit. p. 860; e CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital, 2007, ob. cit. p. 249.



presente no modelo horizontal de cooperação, a exemplo da extradição na qual se aplicam os princípios da reciprocidade, dupla incriminação, *ne bis in idem*, dentre outros<sup>155</sup>. Importante explicitar que o modelo horizontal de cooperação ou “concorrência nacional horizontal” pode ser entendido pela cooperação entre dois Estados, soberanos e independentes, que reciprocamente se relacionam entre si, como é o caso de extradição de uma pessoa de um Estado para outro. Por sua vez, o modelo vertical de cooperação ou “concorrência vertical nacional-supranacional” estabelece a relação entre um Estado soberano e um Tribunal Internacional como os Tribunais *ad hoc* para o Ruanda e ex-Jugoslávia e o Tribunal Penal Internacional de caráter permanente<sup>156</sup>.

O objetivo principal deste trabalho é analisar minuciosamente as principais incompatibilidades entre os dois institutos, como meio de demonstrar sua autonomia e diferenças e ressaltar que existe apenas uma aparente inconstitucionalidade dos requisitos da entrega perante a Constituição Brasileira e a Portuguesa.

## 2.1. O princípio da soberania e a jurisdição do Tribunal Penal Internacional

Segundo Bertrand Badie, de Jean Bodin até Hans Morgenthau que formou Henry Kissinger, soberania é um poder absoluto e perpétuo de uma república que exerce a autoridade suprema sobre o território, assim, cada Estado era detentor de um poder ilimitado, independente, fazendo suas próprias leis, conduzindo a uma irresponsabilidade para com o outro<sup>157</sup>.

A soberania é o direito exclusivo de todo Estado sobre a definição do seu próprio regime e do seu ordenamento institucional, sobre o controle do seu próprio território, política, relações internas, economia, recursos naturais, jurisdição, competência territorial, pessoal. Contudo, a soberania de um Estado contém a do outro, limita-a, obriga-a no mínimo ao respeito por uma entidade que lhe escapa, pois deverá ter em conta as obrigações internacionais que derivam do direito e do acordo contratual, bilateral ou multilateral. Isto porque desde 1945 a soberania não

<sup>155</sup> CAEIRO, Pedro, *O procedimento de entrega previsto no Estatuto de Roma e a sua incorporação no direito português* in Vital Moreira, Leonor Assunção, Pedro Caeiro, Ana Luísa Riquito, *O Tribunal Penal Internacional e a Ordem Jurídica Portuguesa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 72-79.

<sup>156</sup> JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. *O Princípio do Ne Bis In Idem no Direito Penal Internacional*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, volume 4/5, Ano IV, nº4 e Ano V, nº5, São Paulo, 2003-2004, pp. 91-122.

<sup>157</sup> BADIE, Bertrand. *Um Mundo sem Soberania: Os Estados entre o artifício e a responsabilidade*. Instituto Piaget, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, pp. 10-24; PIRES, Francisco Lucas. *Soberania e Autonomia*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, volume XLIX, Coimbra, 1973, pp. 135-200.

mantém seu caráter absoluto diante de mais de trinta e cinco mil tratados assinados pelos Estados que devem respeitar seus compromissos internacionais<sup>158</sup>.

Acreditando inicialmente que a jurisdição do Tribunal Penal Internacional viola a soberania do Estado Brasileiro e do Português, Gomes Canotilho e Vital Moreira relatam sobre as normas conflitantes do Estatuto de Roma relacionadas à jurisdição deste Tribunal sobre as competências instituídas no ordenamento jurídico interno:

“(1) as normas de jurisdição do TPI, em contradição com o princípio da soberania judicial do Estado consubstanciado na reserva de jurisdição dos tribunais portugueses (CRP, arts. 11º, 205º a 209º) e na entrega da investigação criminal à autoridades portuguesas”<sup>159</sup>

Nesse sentido, com a instituição do Tribunal Penal Internacional, haveria uma violação na soberania<sup>160</sup> dos Estados Parte no que tange a competência para investigar, processar e julgar os crimes de mesma natureza do Estatuto de Roma, ocorridos em território brasileiro ou português. Isto porque a dimensão territorial da competência penal do Estado deriva de sua soberania territorial, em que a lei penal é uma das expressões mais características da soberania do Estado, assim como da soberania de dimensão extraterritorial, quando um crime for praticado por um português em território estrangeiro, como defesa as condições da sociedade e da punição da delinquência<sup>161</sup>.

Dessa forma, o Tribunal Penal Internacional ao exercer jurisdição sobre crimes praticados em território brasileiro ou português ou praticados por seus nacionais, poderia violar a soberania estatal nas dimensões territorial e extraterritorial. O que poderia levar a um constante e progressivo enfraquecimento do foro doméstico do tradicional poder de julgar os crimes

<sup>158</sup> BADIE, Bertrand. 1999, ob. cit. p. 91.

<sup>159</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital, 2007, ob. cit. p. 249.

<sup>160</sup> Sobre o conceito e as características da soberania PEREIRA, Cláudio José Langroiva e GAGLIARDI, Pedro Luiz Ricardo. *Comunicação Social e a Tutela Jurídica da Dignidade Humana in Tratado Luso – Brasileiro da Dignidade Humana*, Coordenação: Jorge Miranda e Marco Antonio Marques da Silva, São Paulo, Editora Quartier Latin do Brasil, 2008, p. 40, em que diz “A legalidade democrática surge como princípio, exigindo a subordinação dos integrantes do Estado ao regime regulador fundamental, expresso na Constituição, decorrência da soberania e realização popular (...). KOSKENNIEMI, Martti, *The Politics of International Law*, in *The Nature of International Law*, The Library of Essays in International Law de Gerry Simpson. Ashgate Dartmouth, 1990, p. 365. “The character and consequences of sovereign statehood might, however, be explained from different perspectives. One explanation holds sovereignty as basic in the sense that it simply imposed upon the law by the world of facts. Sovereignty and together with it a set of territorial rights and duties are something external to the law, something the law must recognize but which it cannot control. I shall call this the “pure fact view”. Another explanation holds sovereignty and everything associated with it as one part of the law’s substance, determined and constantly determinable within the legal system, just like any other norms. This might be called the “legal” view.” DINH, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick e PELLET, Alain. 2003, ob. cit. p. 674 e ss.

<sup>161</sup> CAEIRO, Pedro, 2007, ob. cit. p. 44

cometidos no seu próprio território pelos seus nacionais ou estrangeiros e de aplicar as suas próprias leis nacionais, como o de obrigar os condenados a cumprir as penas nas suas próprias prisões<sup>162</sup>.

Poder-se-ia entender que o Tribunal Penal Internacional é soberano no estabelecimento de sua competência, e por isso, decide, indiscriminadamente, pela incompetência ou pela falta de vontade das jurisdições estaduais na persecução criminal, infringindo a jurisdição dos Estados e, conseqüentemente a soberania do Estado brasileiro e português.

Diante destas questões, muitos Estados ainda alegam o princípio da soberania como escudo de defesa de suas práticas contrárias ao reconhecimento e efetivação dos direitos humanos<sup>163</sup> no plano interno. O principal argumento refere-se à interferência da soberania do país por um órgão supranacional é que esta seja impactada com a aceitação de tratados e convenções. Todavia, o conceito de soberania ficou enfraquecido diante dos primados de Direito Internacional dos Direitos Humanos, com o objetivo de elevar a condição do ser humano em cada nação, de modo que a proteção seja considerada imprescindível e irrenunciável por todos os Estados<sup>164</sup>.

Ademais do enfraquecimento do conceito de soberania, a jurisdição do Tribunal Penal Internacional é complementar e subsidiária em relação às jurisdições nacionais de seus Estados Partes, conforme artigo 1º do Estatuto de Roma, o que consagra o princípio da complementaridade, inexistente nos tribunais internacionais *ad hoc* que são concorrentes com as jurisdições estatais e possuem prevalência sobre os tribunais nacionais<sup>165</sup>.

Porém, o princípio da complementaridade do Tribunal Penal Internacional ainda é criticado por muitos doutrinadores, a exemplo de Zlata Drnas de Clémente para quem “tal complementariedad no resulta coherente con la naturaleza del derecho penal internacional (I) ni con la percepción jurídico-socio-histórica de los más graves crímenes de derecho internacional

<sup>162</sup> BRITO, Wladimir, 2000, ob. cit. pp. 81-128.

<sup>163</sup> Para o estudo sobre Direitos Humanos e de sua evolução histórica, PIOVESAN, Flávia, 2006, ob. cit.; COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 3ª edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2003; MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 16ª edição, São Paulo, Editora Atlas, 2004, que afirma “O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana pode ser definido como direitos humanos fundamentais.”

<sup>164</sup> ANNONI, Danielle e FREITAS, Márcia Marcondes Diniz de. *Direitos Humanos e os Tratados Internacionais: A Declaração Universal das Nações Unidas Hoje*. In Estudos de Direito Internacional, Volume XII, Anais do 6º Congresso Brasileiro de Direito Internacional, São Paulo, Editora Juruá, 2008, p. 268.

<sup>165</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, 2009, ob. cit. pp. 42-43.

que son de la competencia de la Corte (II)''<sup>166</sup>. Segundo a autora, este princípio ensejaria na diminuição das faculdades da Corte diante da gravidade dos crimes cometidos na sociedade internacional, infringindo as diretrizes da responsabilidade penal internacional.

Nesta linha, caso o princípio da complementaridade fosse aceito, o ordenamento jurídico interno deveria suportar que o resultado de acórdãos proferidos pelos tribunais brasileiros e pelos tribunais portugueses poderiam ser modificados ou desconsiderados pelo Tribunal Penal Internacional, com base na ineficiência da justiça interna, violando o princípio da coisa julgada<sup>167</sup>. Porém, demonstrar-se-á que esta não é a essência da complementaridade e não é o entendimento predominante.

A maioria da doutrina defende a jurisdição do Tribunal Penal Internacional com base nas diretrizes de cooperação internacional e do princípio da complementaridade, o que a torna subsidiária, desconsiderando a idéia de violação de jurisdição dos Estados Parte e de sua soberania.

## 2.2 Primeiro requisito para aplicação do instituto da entrega no ordenamento interno: A entrega de nacionais

Nacionalidade é um atributo à soberania que de acordo com a doutrina alemã, está presente em dois princípios da moderna nacionalidade. A nacionalidade da soberania pessoal que consiste na imputação de pessoas a um Estado, que lhes oferece proteção e deles exige obediência, mesmo quando abandonem o território do Estado. E a nacionalidade da soberania territorial que significa o exercício da autoridade, com exclusão dos outros Estados, numa parte da superfície terrestre, sobre todas as pessoas e coisas que ali se encontrem. Ambos são expressão da soberania do Estado<sup>168</sup>.

Pode-se afirmar que o instituto da extradição previsto no ordenamento interno e o da entrega previsto no Estatuto de Roma são semelhantes, em razão de determinarem a entrega de um cidadão – com atributo da soberania pessoal, no caso de nacionalidade originária ou

<sup>166</sup> CLÉMENT, Zlata Drns. *Principio de complementariedad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional: incoherencias sistemáticas*. Anuario Argentino de Derecho Internacional, v. 11, Córdoba, 2001/2002, pp. 51-89.

<sup>167</sup> GOUVEIA, Jorge Bacelar, 2004, ob. cit. p. 867.

<sup>168</sup> PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais: Direito Estadual II*. Tradução do original alemão Grundrechte, Staatsrecht II 22., neu bearbeitete Auflage C.F. Müller Verlag. Lisboa, Universidade Lusíada Editora, 2008, p. 318.

adquirida, ou soberania territorial, no caso de um estrangeiro em território do Estado requerido - para ser processado e julgado por outra jurisdição, que não a do Estado de origem.

Dessa forma, a possibilidade de entrega de “qualquer pessoa” incluindo de nacionais – neste caso se refere ao princípio da soberania nacional pessoal - ao Tribunal Penal Internacional previsto no artigo 89º, § 1º<sup>169</sup> do Estatuto, confirmaria a incompatibilidade com o artigo 5º, inciso LI da Constituição brasileira, que proíbe a extradição de brasileiros natos e naturalizados, exceto, neste último caso, por um crime comum praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins. Assim como a incompatibilidade com o artigo 33º nº 1, 3 e 4 da Constituição Portuguesa<sup>170</sup>.

Os opositores a entrega de nacionais justificam que o instituto da entrega é o mesmo da extradição, devendo aplicar o estabelecido na Constituição Brasileira e na Portuguesa, qual seja, a norma proibitiva da extradição de nacionais. Também, entendem que todo o indivíduo tem o direito de ser julgado pelos seus juízes naturais, ou seja, pelos tribunais do seu país, sendo este atributo da soberania, qual seja, a *soberania pessoal*.

Entendem que a entrega de nacionais a uma justiça estrangeira seria uma forma de renúncia a esse direito de punir e nenhum Estado poderia abdicar de sua soberania. E que todo indivíduo tem o direito de viver sobre proteção do Estado de que é nacional e aquele deve assegurar uma justiça imparcial que inexistente nos tribunais estrangeiros<sup>171</sup>.

Nesta linha da incompatibilidade, a diferenciação entre a entrega e a extradição no que tange a cooperação entre dois Estados ou entre um Estado e um Tribunal Internacional não modificaria o problema, pois a entrega de nacionais afeta a extensão dos direitos do indivíduo que é acusado e procurado, independente do Tribunal. O importante é que sua retirada, prisão e entrega serão realizadas por autoridades não brasileiras e não portuguesas.

---

<sup>169</sup> Artigo 89.º Entrega de pessoas ao Tribunal nº 1 – “O Tribunal poderá dirigir um pedido de detenção e entrega de uma pessoa, instruído com os documentos comprovativos referidos no artigo 91.º, a qualquer Estado em cujo território essa pessoa se possa encontrar, e solicitar a cooperação desse Estado na detenção e entrega da pessoa em causa. Os Estados Partes darão satisfação aos pedidos de detenção e de entrega em conformidade com o presente capítulo e com os procedimentos previstos nos respectivos direitos internos.”

<sup>170</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. 2007, ob. cit. p. 249.

<sup>171</sup> Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano, Luiz Alberto Araújo e Luiz Regis Prado referindo à Von Glahn que sustenta as razões da posição adotada pelos Estados Unidos quanto a extradição e entrega de nacionais. LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. *A Relação Extradicional no Direito Brasileiro*, Belo Horizonte, Editora Del Rey, 2001, p. 149.

Também, segundo o entendimento pela incompatibilidade da entrega, a distinção realizada no artigo 102<sup>o172</sup> do Estatuto seria artificial, não sendo apta para burlar o cogente e imperativo da Constituição Brasileira e da Portuguesa que prevalece sobre o direito convencional violador dos direitos e garantias dos nacionais. A aplicabilidade do Estatuto de Roma e da entrega de nacionais infringe a lógica constitucional da extradição, pois os direitos individuais não valeriam somente quando o seu exercício convém à opções políticas e à sociedade mundial, pois valem sempre, independente de conveniência e oportunidade da comunidade internacional.

Ademais, a proibição da entrega de um nacional, exceto nos casos rigorosamente previstos na Constituição Brasileira, é um direito fundamental e estando diante de uma Constituição rígida, acobertada com cláusulas pétreas seriam imodificáveis. A banalização da ponderação de princípios e a relativização de direitos fundamentais não justificariam a inserção do instituto da entrega no ordenamento jurídico, segundo o entendimento contrário a superação das incompatibilidades.

Entretanto, será demonstrado que as antinomias suscitadas no que tange a entrega de nacionais em contradição com os requisitos previstos para a extradição são apenas aparentes. Comprovar-se-á que a entrega de qualquer pessoa ao Tribunal Penal Internacional é um instituto *sui generis* nas relações internacionais contemporâneas e que a não-extradição de nacionais não será causa válida para a escusa de cooperação por parte dos Estados-membros do Estatuto.

### 2.3. A difícil conceituação do que seja crime político e crime comum

Ainda na Idade Média, os tratados de extradição se justificavam por razões políticas, com base em soluções normativas e convencionais. Contudo, a partir do século XVII, com a formação do Direito Internacional Público, tem-se o tratamento jurídico mais consistente da extradição, em respeito à obrigação geral e internacional de cada Estado de punir, fato que ensejaram as normas proibitivas de extradição para punição de crimes políticos ou motivação política.

Nesse sentido, pode-se definir crime político a partir de três teorias: a objetiva, que conceitua crime político pelo bem jurídico protegido pela norma penal, qual seja os delitos contra

---

<sup>172</sup> “Art. 102º Para os fins do presente Estatuto: a) Por «entrega» entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado ao Tribunal, nos termos do presente Estatuto; b) Por «extradição» entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado a outro Estado, conforme previsto num tratado, numa convenção ou no direito interno.”

a existência do Estado e suas instituições jurídicas<sup>173</sup>. A subjetiva, que considera o fim perseguido pelo autor, caso, por exemplo, a conduta delitiva comum seja impulsionada por motivos políticos e a teoria mista, que inclui os crimes eleitorais.

Outra definição que poderá construir um entendimento é a de Delmanto, para quem os crimes políticos próprios "somente lesam ou põem em risco a organização política", ao passo que os impróprios "também ofendem outros interesses além da organização política"<sup>174</sup>. Entretanto, já explicitado anteriormente, o crime político será delimitado pelo tribunal competente através de diversos pedidos de extradição e a construção deste conceito virá no momento da análise de concessão necessariamente preliminar do pedido<sup>175</sup>.

Ocorre que o artigo 5º, inciso LII da CRB, assim como os artigos 77º e 78º da Lei 6.815/80 dispõem que não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião, e o artigo 33º, nº 6 CRP estabelece que não será permitida a entrega a qualquer título, por motivos políticos ou por crimes a que corresponda, segundo o direito do Estado requisitante. Porém, o Estatuto de Roma prevê a possibilidade de entrega do acusado ao Tribunal Penal Internacional por ter praticado, por exemplo, crime contra a humanidade previsto no artigo 7.º, nº 1<sup>176</sup>:

“1 - Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por crime contra a Humanidade qualquer um dos actos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque: **Perseguição de um grupo ou colectividade que possa ser identificado, por motivos políticos, (...) ;**”

Também, o artigo 7º, nº2:

“2 - Para efeitos do n.º 1: a) Por «ataque contra uma população civil» entende-se qualquer conduta que envolva a prática múltipla de actos referidos no n.º 1 contra uma população civil, **de acordo com a política de um Estado ou de uma organização de praticar esses actos ou tendo em vista a prossecução dessa política;** i) Por «desaparecimento forçado de pessoas» entende-se a detenção, a prisão ou o sequestro de pessoas por um Estado ou **uma organização política**, ou com a autorização, (...)”

<sup>173</sup> PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. *Delito político e terrorismo: uma aproximação conceitual*. Revista dos Tribunais, ano 89, v. 771, 2000, pp. 421-447.

<sup>174</sup> DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. 7ª edição, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2007, p. 64.

<sup>175</sup> SILVA, Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da. *Crimes políticos*. Belo Horizonte, Editora Del Rey, 1993, p. 58.

<sup>176</sup> Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: [http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/OI/TPI/Estatuto\\_Tribunal\\_Penal\\_Internacional.htm](http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/OI/TPI/Estatuto_Tribunal_Penal_Internacional.htm). Acesso em 29 de Janeiro de 2010.

Diante do exposto, a perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos ou o ataque contra uma população civil com base na política de um Estado ou o desaparecimento forçado realizado por uma organização política são fatos que caracterizam senão um crime político, um crime comum motivado por razões de natureza política.

Nesse sentido, Francisco Ferreira de Almeida discorre que um dos elementos objetivos constitutivos dos crimes contra a humanidade é que as infrações devem ser cometidas em larga escala ou de forma sistemática e, se não patrocinadas ou adstritas a uma política governamental, pelo menos toleradas por um Estado ou entidade que exerça de fato autoridade sobre determinado território ou seja, deve ser praticada num contexto de “hegemonia ideológica e de discriminação ou perseguição contra um grupo ou raça identificáveis”, aos ditames de uma ação ou política estadual. E conclui que o elemento internacional da ação ou política estadual constitui base fundadora para que os autores da política e os responsáveis pelas decisões propiciem ambiente favorável para adoção de comportamentos individuais que ensejam na noção de crimes contra humanidade<sup>177</sup>.

Dessa forma, pressupondo-se que o instituto da entrega é semelhante ao da extradição e que a norma constitucional proibitiva da extradição por crimes políticos pode ser aplicada ao procedimento de entrega, esta seria inviável a partir dos tipos penais descritos no Estatuto de Roma. Pode-se entender que os crimes previstos no artigo 7º são crimes que possuem cunho político ou que, na maioria das vezes, são praticados por motivos políticos, a exemplo, fato que impossibilitaria a entrega ao Tribunal Penal Internacional, pela mesma razão de que é proibida a extradição pela prática de crime político ou por motivação política.

Portanto, aplicar ao instituto da entrega as normas e procedimentos previstos à extradição podem ensejar na ineficácia ou inutilidade do Estatuto de Roma no combate aos crimes contra a comunidade internacional que na maioria são motivados por razões políticas. Contudo, será explicitado que através da interpretação constitucional e da jurisprudência, esta incompatibilidade será superada.

---

<sup>177</sup> ALMEIDA, Francisco António de M. L. Ferreira de, 2009, ob. cit. pp. 307-331.



## 2.4 A impossibilidade de invocação, por chefe de Estado, de sua imunidade de jurisdição em face do Tribunal Penal Internacional

As imunidades de direito internacional podem ser classificadas em imunidades funcionais (ou *ratione materiae*) e imunidades pessoais (ou *ratione personae*) dos diplomatas e Chefes de Estado em exercício, mencionadas anteriormente no que tange as normas proibitivas da extradição. As imunidades de direito interno possuem cunho pessoal decorrente da função exercida pelos presidentes e parlamentares, são de caráter material – subtração da responsabilidade penal, civil, política ou disciplinar parlamentar, por suas palavras, opiniões ou votos, no desempenho de suas funções – e de caráter formal – que assegura o direito de não ser preso ou, por exemplo, de não ser entregue ao Tribunal Penal Internacional<sup>178</sup>.

Contudo, o artigo 27º<sup>179</sup> do Estatuto de Roma afasta a possibilidade de subtração da jurisdição do Tribunal Penal Internacional, em virtude da qualidade de oficial, desconsiderando as imunidades por prerrogativa de função de diplomatas, Chefes de Estado, Ministros, parlamentares, a exemplo do Presidente da República, prevista no artigo 53º e 86º da CRB e no artigo 157º da CRP.

Portanto, se não é permitida a extradição de membros do Estado, em virtude das funções que exercem – imunidades – por quais razões seria permitida a entrega destes cidadãos à jurisdição do Tribunal Penal Internacional? Trata-se de outra incompatibilidade do instituto da entrega com o ordenamento jurídico brasileiro e português.

A Constituição Federal do Brasil, em seu artigo 85<sup>180</sup> e seus parágrafos, descreve um rol exemplificativo de crimes de responsabilidade política, passíveis de serem cometidos pelo

<sup>178</sup> VIDAL, Hélios Simões. *Direitos Humanos e o Direito Internacional Penal*. Volume 877, São Paulo, Revista dos Tribunais, Novembro de 2008, p. 469.

<sup>179</sup> “Artigo 27.º Irrelevância da qualidade oficial 1 - O presente Estatuto será aplicável de forma igual a todas as pessoas, sem distinção alguma baseada na qualidade oficial. Em particular, a qualidade oficial de Chefe de Estado ou de Governo, de membro de Governo ou do Parlamento, de representante eleito ou de funcionário público em caso algum eximirá a pessoa em causa de responsabilidade criminal, nos termos do presente Estatuto, nem constituirá de per si motivo de redução da pena. 2 - As imunidades ou normas de procedimento especiais decorrentes da qualidade oficial de uma pessoa, nos termos do **direito interno ou do direito internacional**, não deverão obstar a que o Tribunal exerça a sua jurisdição sobre essa pessoa.”

<sup>180</sup> “Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: I - a existência da União; II - o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação; III - o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais; IV - a segurança interna do País; V - a probidade na administração; VI - a lei orçamentária; VII - o cumprimento das leis e das decisões judiciais. Parágrafo único. Esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento.”

Presidente da República, já que outros que afrontem a Constituição, poderão ser cometidos, desde que haja o seu devido enquadramento legal. E o artigo 86º prevê o procedimento a ser tomado quando admitida a acusação contra o Presidente da República por crimes de responsabilidade. A acusação deve ser recebida por dois terços da Câmara dos Deputados e após deverá ser encaminhada ao Senado Federal, que instaurará o processo por crime de responsabilidade. O Presidente do Supremo Tribunal Federal presidirá o julgamento do chefe maior do Executivo no Senado. É o chamado *impeachment* presidencial.

Diferentemente dos atos relacionados a crimes de responsabilidade, o Presidente da República na vigência do seu mandato não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções, se praticados antes ou depois do mandato, impondo-se a suspensão provisória do processo e a conseqüente suspensão do prazo prescricional. E os atos praticados no exercício da função ou em razão dele, este responde perante o Supremo Tribunal Federal e o processo somente poderá ser instaurado após a licença da Câmara dos Deputados, e nos crimes de responsabilidade, a licença dependerá do voto de dois terços deste casa, como já mencionado, quando o Presidente seja suspenso de suas funções.

Em Portugal, a responsabilidade criminal do Presidente da República está prevista na CRP e na Lei nº 43/87. A Constituição distingue também os crimes praticados no exercício de suas funções presidenciais e os crimes praticados fora do exercício dessas funções. No primeiro caso, o Presidente responde perante o Supremo Tribunal de Justiça e a iniciativa do processo de acusação cabe à Assembléia da República, mediante proposta de um quinto dos deputados em efetividade de funções e deliberada por dois terços dos deputados em exercício. A condenação implica a destituição do cargo e a impossibilidade da sua re-eleição, o que corresponde em certo sentido, à figura do *impeachment*, conforme artigo 130º, nº3 da CRP. Por crimes estranhos ao exercício de suas funções, o presidente responde unicamente findo o seu mandato perante os tribunais comuns, conforme artigo 130º, nº4 da CRP. Trata-se de uma proteção funcional e não pessoal, ou seja, é uma questão de imunidade em razão da função exercida e não de impunidade.

Diante destas normas, entende-se que o levantamento das imunidades de direito interno e as prerrogativas de função previsto no Estatuto de Roma e a conseqüente entrega do Presidente da República – como ocorre no primeiro pedido de entrega do Presidente do Sudão realizado pelo Tribunal Penal Internacional ao governo brasileiro - ao Tribunal Penal Internacional seria uma

afronta às constituições e ao fundamento da imunidade como forma de proteção e de livre exercício do mandato.

A doutrina que entende por esta incompatibilidade, assevera que no Estado Democrático de Direito brasileiro e no português é subversivo à ordem constitucional e impensável a prática de crime de genocídio ou de crimes contra a humanidade perpetrados pelo Presidente da República ou ministro de Estado. Caso ocorra, a CRP e Lei nº 34/87 de 16 de Julho e a CRB e a Lei que define os crimes de responsabilidade do Presidente da República, Lei nº1079/50 de 10 de Abril, inicialmente, seriam aplicadas pela jurisdição interna, com as devidas “imunidades” constitucionais. Fato que gera dificuldades de se entender a irrelevância das imunidades do Estatuto, visto que somente em Estados ditatoriais é que se cometeriam estas violações de direitos humanos<sup>181</sup>.

Entretanto, estes crimes de competência do Tribunal Penal Internacional (crime de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes de agressão) são quase sempre perpetrados por indivíduos que ocupam estes cargos e funções de poder e que utilizam os privilégios e as imunidades conferidos pelo seu ordenamento jurídico interno e internacional como forma de impunidade<sup>182</sup>. Dessa forma, através da interpretação da Constituição e das normas do Estatuto de Roma e da relevância do princípio da cooperação internacional, da complementaridade e da repressão da criminalidade internacional, pode-se obter a superação desta incompatibilidade.

## 2.5 A previsão de pena de prisão perpétua no Estatuto de Roma

O artigo 77.º do Estatuto de Roma estabelece as penas aplicáveis aos crimes de genocídio; contra a Humanidade; de guerra e os crimes de agressão, previstos no artigo 5º. Há previsão da pena de prisão por um número determinado de anos, até ao limite máximo de 30 anos; ou a de prisão perpétua, se o elevado grau da ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado o justificarem, assim como multa e perda de bens.

---

<sup>181</sup> MIRANDA, Jorge. *A incorporação ao direito interno de instrumentos jurídicos de direito internacional humanitário e direito internacional dos direitos humanos*. Texto produzido pelo autor baseado na conferência proferida no Seminário Internacional “O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira” promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em 29 de Setembro de 1999, no auditório do Superior Tribunal de Justiça, em Brasília, DF, Brasil. Revista Centro de Estudos Judiciários, n. 11, Agosto/2000, p. 19-30.

<sup>182</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, 2009, ob. cit. p. 85.

Entretanto, o ordenamento jurídico português e o brasileiro não permitem a aplicação de pena de prisão perpétua ou de carácter perpétuo, o que inviabilizaria a entrega de seus cidadãos ao Tribunal Penal Internacional. A redação do artigo 30º, nº 1<sup>183</sup> e do artigo 33º, nº4 da Constituição Portuguesa estabelece que a extradição só é permitida se aos crimes imputados não corresponderem penas ou medidas de segurança privativas ou restritivas de liberdade com carácter perpétuo ou de duração indefinida, assim como, pena de morte ou outra de que resulte lesão irreversível da integridade física.

A Constituição Brasileira, como já mencionada, estabelece no artigo 5º, inciso XLVII que não haverá penas de carácter perpétuo. Assim como o Código Penal Brasileiro no artigo 75º estabelece que o máximo de cumprimento de pena privativa de liberdade é de trinta anos e o artigo 91º, inciso III da Lei nº 6.815/80 dispõe que não será efetivada a entrega do extraditando sem que o Estado requerente comute por uma pena aceitável pelo ordenamento jurídico interno.

Portanto, a proibição constitucional da extradição caso seja aplicável à pena de prisão perpétua e caso não houvesse garantias de comutação – também aplicável à proibição da entrega - conseqüentemente, haveria nestes casos proibição de entrega ao Tribunal Penal Internacional. O fundamento da analogia se encontra na preservação da ordem pública internacional do Estado Português, que impede de colaborar com a justiça de outros países quando for aplicado ao agente penas cruéis e desumanas, como a prisão perpétua e a pena de morte<sup>184</sup>.

Nesse sentido, Figueiredo Dias discorre sobre o movimento de reforma penal em Portugal esclarecendo que a recusa das penas de morte e de prisão perpétua deverá ser mantida em nome do princípio da humanidade definida por Jescheck no sentido de que todas as relações humanas acobertadas pelo direito penal devem ser ordenadas pela recíproca comunicação, responsabilidade comunitária, livre disponibilidade para o auxílio e cuidados sociais e, por fim, a vontade de recuperar o criminoso<sup>185</sup>. Também, Jorge Bacelar Gouveia contesta a conclusão de Vital Moreira, para quem não se verifica qualquer problema de violação dos limites materiais de revisão constitucionais e entende que a prisão perpétua não é pena de morte e que não está protegida contra o estado de exceção, entendendo que estes argumentos são inoperantes e que a previsão da pena de prisão perpétua viola os direitos fundamentais intangíveis, nomeadamente no

<sup>183</sup> “Artigo 30.º Limites das penas e das medidas de segurança 1. Não pode haver penas nem medidas de segurança privativas ou restritivas da liberdade com carácter perpétuo ou de duração ilimitada ou indefinida.”

<sup>184</sup> CAEIRO, Pedro, 2003, ob. cit. p.55.

<sup>185</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português: Parte Geral – As Consequências Jurídicas do Crime*, tomo II, reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 49.

que tange a “petrificação”<sup>186</sup> dos direitos, liberdades e garantias, previsto no artigo 288º da CRP, estando a proibição da prisão perpétua claramente defendida não só por uma garantia específica como pelo direito à liberdade<sup>187</sup>.

Outro argumento pela incompatibilidade é a não previsão no Estatuto de Roma da possibilidade de o Tribunal oferecer garantias de que tais penas ou medidas de segurança não serão executadas ou aplicadas, ou que o mesmo irá comutar para penas de carácter não perpétuo. Por esta situação, estaria prejudicada a entrega de um cidadão português ou brasileiro ao Tribunal Penal Internacional.

Entende-se que a pena de prisão perpétua violaria o fundamento da desnecessidade da pena e a conseqüente violação do princípio da necessidade da pena ou da intervenção mínima do Estado e a violação do princípio da regeneração ou reintegração do criminoso, ou seja, de reparação da sociedade e do delinqüente. A inserção do instituto da entrega no ordenamento jurídico interno nos casos de prisão perpétua configuraria a abolição da autolimitação do poder punitivo do Estado - como relação entre o problema criminal e o poder punitivo - enquanto decorrente do poder político e da necessidade de reintegração social do criminoso.

Nesse sentido, o Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça brasileiro, Luiz Vicente Cernicchiaro, entende ser juridicamente impossível introduzir no Brasil a pena de prisão perpétua, esta traduzida na idéia de cerceamento ao livre exercício do direito de liberdade até a morte do condenado. Para ele, instituir estas penas seria reviver o período de vingança privada, sob certas formas, recepcionado no período de vingança pública, porque hoje a finalidade da lei penal está no sentido retributivo utilitarista, consagrados no Estado Democrático de Direito e nas Declarações de Direitos Humanos<sup>188</sup>.

---

<sup>186</sup> A propósito da cláusula de irrevisibilidade dos direitos, liberdades e garantias, Vital Moreira afirma “não proíbe que se toque nos artigos da Constituição que os garante; proíbe que se eliminem ou se restrinjam os direitos actualmente reconhecidos na Constituição, mas não impede que se acrescentem outros”. MOREIRA, Vital. *Constituição e revisão constitucional*. Apud GOUVEIA, Jorge Bacelar, 2008, ob. cit. p. 471.

<sup>187</sup> GOUVEIA, Jorge Bacelar, 2008, ob. cit. p. 471.

<sup>188</sup> CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Texto produzido pelo autor baseado na conferência proferida no Seminário Internacional “O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira” promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em 29 de Setembro de 1999, no auditório do Superior Tribunal de Justiça, em Brasília, DF, Brasil. Revista Centro de Estudos Judiciários, n. 11, Agosto/2000, p. 36-51. Nesta mesma conferência, Cezar Roberto Bitencourt considera que a pena de prisão perpétua prevista no Estatuto de Roma é constitucionalmente vetada no Brasil, e que sua adoção pelos países onde se verifica essa vedação constitucional – caso de Portugal - significa um retrocesso. Na mesma Conferência Luiz Benito Viggiano Luisi entende que esta pena é excessiva e não atende à necessária determinação do tempo e não finda em data fixada na sentença. Igualmente Dimitri Dimoulis, totalmente contra a ratificação do TPI pelo Brasil in LIMA NETA, Maria Lycia Sève de Abreu e.

No que tange à doutrina portuguesa, Jorge Bacelar Gouveia afirma que a pena de prisão perpétua está em total desarmonia com as mais recentes tendências, possuindo apenas caráter retributivo e não preventivo, não mais instituído pelos Estados avançados, a partir dos estudos criminológicos e jurídico-penais<sup>189</sup>.

Ocorre que a proibição constitucional de pena de prisão perpétua no Brasil e em Portugal não é absoluta e poderá ser relativizada com base nos dispositivos de revisão da pena decididos pelo Tribunal Penal Internacional, inexistindo qualquer incompatibilidade como será demonstrado.

## 2.6 A imprescritibilidade dos crimes prevista no Estatuto de Roma

Ademais da prisão perpétua, o artigo 29º<sup>190</sup> do Estatuto de Roma estabelece que os crimes de sua competência não prescrevam fato que se pode concluir pela incoerência com os prazos máximos para as prescrições das penas, previsto no artigo 118º<sup>191</sup> e 122º<sup>192</sup> do Código Penal Português e no artigo 109º<sup>193</sup> e 110º<sup>194</sup> do Código Penal Brasileiro.

---

*A Legitimidade e os Reflexos do Tribunal Penal Internacional no ordenamento jurídico brasileiro.* volume 12, n. 26, Revista da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco, Pernambuco, Jul./Dez. 2007, p.193-214.

<sup>189</sup> GOUVEIA, Jorge Bacelar, 2008, ob. cit. pp. 857-865.

<sup>190</sup> “Artigo 29.º Imprescritibilidade. Os crimes da competência do Tribunal não prescrevem.”

<sup>191</sup> “Artigo 118º Prazos de prescrição 1 - O procedimento criminal extingue-se, por efeito de prescrição, logo que sobre a prática do crime tiverem decorrido os seguintes prazos:a) 15 anos, quando se tratar de crimes puníveis com pena de prisão cujo limite máximo for superior a 10 anos;b) 10 anos, quando se tratar de crimes puníveis com pena de prisão cujo limite máximo for igual ou superior a 5 anos, mas que não exceda 10 anos;c) 5 anos, quando se tratar de crimes puníveis com pena de prisão cujo limite máximo for igual ou superior a 1 ano, mas inferior a 5 anos;d) 2 anos, nos casos restantes.2 - Para efeito do disposto no número anterior, na determinação do máximo da pena aplicável a cada crime são tomados em conta os elementos que pertençam ao tipo de crime, mas não as circunstâncias agravantes ou atenuantes.3 - Quando a lei estabelecer para qualquer crime, em alternativa, pena de prisão ou de multa, só a primeira é considerada para efeito do disposto neste artigo.”

<sup>192</sup> “Artigo 122º Prazos de prescrição das penas 1 - As penas prescrevem nos prazos seguintes:a) 20 anos, se forem superiores a 10 anos de prisão;b) 15 anos, se forem iguais ou superiores a 5 anos de prisão; c) 10 anos, se forem iguais ou superiores a 2 anos de prisão; d) 4 anos, nos casos restantes.2 - O prazo de prescrição começa a correr no dia em que transitar em julgado a decisão que tiver aplicado a pena.”

<sup>193</sup> Art. 109 - A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: I - em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze;II - em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze;III - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito;IV - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro;V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;VI - em dois anos, se o máximo da pena é inferior a um ano.Prescrição das penas restritivas de direito.Parágrafo único - Aplicam-se às penas restritivas de direito os mesmos prazos previstos para as privativas de liberdade.”

<sup>194</sup> “Prescrição depois de transitar em julgado sentença final condenatória Art. 110 - A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente. § 1º - A prescrição, depois da sentença

A exceção está prevista na Constituição Brasileira em que não se aplica ao instituto da prescrição aos crimes de racismo (art. 5º, XLII; Lei n. 7.716, de 5 de Janeiro de 1989, com alterações da Lei n. 9.459, de 15 de Maio de 1997) e aos referentes à ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV). De modo que o decurso do tempo não extingue a prescrição em qualquer de suas formas.

Porém, os artigos 77º e 78º da Lei nº 6815/80 do Estatuto do Estrangeiro dispõe que não será concedida a extradição quando estiver extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, fato que impossibilitaria a entrega de qualquer pessoa ao Tribunal Penal Internacional, e que é incompatível com a imprescritibilidade dos crimes previstos no artigo 5º do Estatuto de Roma.

Portanto, este seria mais um entrave à inserção do instituto da entrega no ordenamento interno, porém, será explicitado que, em meados na década de sessenta, nomeadamente por estudos realizados pela Comissão dos Direitos Humanos da ONU, o instituto da imprescritibilidade dos crimes internacionais veio a ser adotado pela Assembléia Geral das Nações Unidas na Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade de 26 de Novembro de 1968, em razão da dificuldade de se exercer o poder punitivo diante da extensão dos delitos e das atrocidades cometidas, seja por questões de esquecimento do cometimento das infrações ou de desaparecimento de provas<sup>195</sup>. Não é sem fundamento que o crime de racismo e os referentes à ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático são imprescritíveis no ordenamento jurídico brasileiro.

### 3. Inconstitucionalidade do Estatuto de Roma.

As normas e os procedimentos estabelecidos no Estatuto de Roma, a partir de uma leitura apressada do texto convencional e das questões acima mencionadas podem pressupor certas incompatibilidades com o direito constitucional brasileiro e o português, principalmente sobre os assuntos de fundamental importância, tais como, a entrega de nacionais ao Tribunal Penal

---

condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada. § 2º - A prescrição, de que trata o parágrafo anterior, pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa.”

<sup>195</sup> ALMEIDA, Francisco António de M. L. Ferreira de, 2009, ob. cit. pp. 157-159.

Internacional, a entrega nos casos de crimes políticos ou por motivação política, a questão das imunidades de direito interno e internacional, a instituição da pena de prisão perpétua e da imprescritibilidade dos crimes previstos no diploma.

Por isso, segundo Mazzuoli, com base no Direito dos Tratados, pode-se entender pela inconstitucionalidade intrínseca deste tratado internacional, que apesar de ter respeitado formalmente todo o procedimento constitucional de conclusão estabelecido pelo direito interno, contém normas violadoras de dispositivos constitucionais, diferentemente da inconstitucionalidade extrínseca ou formal ou ratificação imperfeita, que ocorre quando o Presidente da República ratifica o tratado sem o assentimento prévio do Congresso Nacional, no Brasil, ou da Assembléia da República, em Portugal, violando norma constitucional de fundamental importância para celebrar tratados, fato que não ocorreu com o Estatuto de Roma<sup>196</sup>.

Em relação às discussões sobre a constitucionalidade do Estatuto, alguns juristas e conservadores têm cogitado o caso de inconstitucionalidade desse instrumento internacional diante das antinomias entre este e a Constituição Brasileira e Portuguesa. Ademais da inconstitucionalidade, a cláusula geral de aceitação da jurisdição do Tribunal Penal Internacional qual seja o novo preceito introduzido em 2001 na CRP no artigo 7º, nº7 e em 2004 pela emenda constitucional nº45 na CRB, entende-se que não é o suficiente para superar as incompatibilidades.

Nesse sentido, durante os debates parlamentares sobre a revisão constitucional da CRP, o Deputado Alberto Costa indagou se a norma geral habilitadora diante das colisões referentes à extradição, extradição/prisão perpétua, imunidades ou regimes especiais de efetivação de responsabilidades, é suficiente para que um tribunal possa determinar a extradição ou a entrega ao Tribunal Penal Internacional<sup>197</sup>. Também, Jorge Bacelar Gouveia dispõe que esta norma não constitucionalizou o Estatuto, apesar de redigida em homenagem aos valores e princípios evidentemente não despiciendos, pois apenas se limitou a conferir função de política pública a faculdade de vincular o Estado ao Estatuto e a intenção da revisão que instituiu o artigo 7º, nº7 se revelou “estéril”, pois o texto constitucional não fica sujeito à adoção do procedimento de entrega, que dependerá da vontade dos órgãos que intervêm na fase de conclusão interna dos Tratados internacionais na Ordem Jurídica Portuguesa<sup>198</sup>.

---

<sup>196</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, 2009, ob. cit. pp. 75-76.

<sup>197</sup> Diário da Assembléia da República II S-RC, nº 5, de 6 de Junho de 2001, p. 17.

<sup>198</sup> GOUVEIA, Jorge Bacelar, 2008, ob. cit. p. 441.



Este mesmo autor esclarece que a revisão constitucional permite a aceitação constitucional da justiça penal internacional e da idéia de que essa justiça promova o respeito pelos direitos da pessoa humana e dos povos, contudo ressalta que são visíveis as incompatibilidades entre as opções do Estatuto e a proteção dos direitos humanos, principalmente no que tange a prisão perpétua, à ausência de algumas garantias jurídicas processuais penais, dentre outros. E se este tratado for alterado no sentido de redução dos direitos humanos, como a introdução da pena de morte, “cessa a eficácia da autorização constitucional para o mesmo vigorar no Direito Português, tornando-se posteriormente inconstitucional”<sup>199</sup>. Conclui Jorge Bacelar Gouveia e Jorge Miranda, aceitando a inconstitucionalidade das normas constitucionais supervenientes, em especial o artigo 7º, nº7 da CRP, em alguns dos seus sentidos, que:

“Somos da opinião de que algumas alterações constitucionais efectuadas são inconstitucionais, abalando não só normas e princípios constitucionais originários como essencialmente ofendendo valores transcendentes, em relação aos quais os textos constitucionais são unicamente declarativos e não constitutivos.”<sup>200</sup>

Assim, a doutrina contrária a inserção do instituto da entrega do Estatuto de Roma persiste no reconhecimento de parcial inconstitucionalidade e clama pela aplicabilidade dos mecanismos de controle de constitucionalidade brasileiro e o português. Defendem que as alterações efetivadas nas Constituições seriam inconstitucionais, abalando as normas e princípios originários, ofendendo valores transcendentes, o que devem ser eliminadas da ordem constitucional através do Supremo Tribunal Federal e Tribunal Constitucional Português<sup>201</sup>. O exemplo da França, em que o *Conseil constitutionnel* declarou<sup>202</sup> a inconstitucionalidade parcial do Estatuto no que se refere às imunidades do Presidente da República, à preservação da soberania nacional e aos dispositivos sobre a prescrição e anistia.

O exemplo de inconstitucionalidade verifica-se em razão da previsão no Estatuto de pena de prisão perpétua, assim, Jorge Bacelar Gouveia entende que esta pena está em total desarmonia com as mais recentes tendências no que tange a perspectiva preventiva, encontrando-se

<sup>199</sup> *Ibid*, p. 442-443.

<sup>200</sup> *Ibid*, p. 470.

<sup>201</sup> No que tange ao ordenamento jurídico português. GOUVEIA, Jorge Bacelar, 2004, ob. cit. p. 869.

<sup>202</sup> Decisão nº 98-408 de 22 de janeiro de 1999. Disponível em <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1998/98408/98408dc.htm>. Acesso em 20 de Janeiro de 2010. Nesse sentido, o Conseil d’Etat belga no parecer publicado dia 21 de Abril de 1999, em que havia incompatibilidades sobre as previsões de levantamento de imunidade do Rei e de outras autoridades governamentais, disponível em [www.icrc.org](http://www.icrc.org). Acesso em 20 de Janeiro de 2010.

abandonada pelos Estados mais avançados nos respectivos estudos criminológicos e jurídico-penais e que o Direito Penal está há muito tempo desprovido de uma dimensão exclusivamente retributiva, sendo sensível à prevenção e à ressocialização, não sendo no tipo de crime que reside o problema da valoração da pena a aplicar<sup>203</sup>.

O mesmo autor enumera os aspectos que determinam a inadmissibilidade constitucional do ERTPI, quais sejam, a pena de prisão perpétua, o princípio da legalidade criminal, as imunidades constitucionais dos políticos e a complementaridade jurisdicional. A prisão perpétua é proibida, conforme o artigo 30º, nº 1 e nº 4 da CRP e não se pode entender pelas “duas velocidades” do Direito Penal, no direito interno sem prisão perpétua e no direito internacional admitindo-a, considerando improcedente o argumento de que não seria prisão perpétua, em virtude do mecanismo de reexame de pena, ao fim do período de 25 anos, pois o Tribunal poderá reduzir a pena, mas nunca estando obrigado, diferentemente de Vital Moreira que refere-se à revisão obrigatória como “atenuante”<sup>204</sup>.

Por fim, explicita que a exclusividade da fonte legal, do princípio da não retroatividade, o princípio da tipicidade e o princípio da determinação não foram respeitados pelo Estatuto de Roma, em razão do estabelecimento de normas penais em branco ou normas penais de incidência que contém conceitos indeterminados e cláusulas gerais, admitindo tipologias exemplificativas ou fontes penais costumeiras<sup>205</sup>. Bem como os princípios da independência do poder judicial e do caso julgado, entendendo que pela complementaridade o Tribunal Penal Internacional poderia modificar os acórdãos proferidos pelos tribunais portugueses, com base na alegação de que a justiça portuguesa não foi suficiente. E conclui que a 5ª Revisão Constitucional que alterou o artigo 7º e o 33º da CRP foi uma “gravíssima quebra valorativa ou de uma auto-ruptura material de ordem constitucional”<sup>206</sup>.

Contudo, uma primeira solução as incompatibilidades entre o instituto da entrega e as Constituições brasileira e portuguesa, seria o exercício do direito de retirada, previsto no art. 127º do Estatuto de Roma. Dispõe que qualquer Estado Parte poderá, mediante notificação escrita e dirigida ao Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas, se retirarem do Estatuto,

<sup>203</sup> GOUVEIA, Jorge Bacelar, 2004, ob. cit. pp. 737-738.

<sup>204</sup> *Ibid*, pp. 743-745.

<sup>205</sup> *Ibid*, p. 746.

<sup>206</sup> GOUVEIA, Jorge Bacelar, 2004, ob. cit. pp. 747-748.

produzindo ainda efeitos um ano após a data de recepção da notificação, salvo se indicar uma data ulterior.

Contudo, este dispositivo não isenta o Estado das obrigações do Estatuto enquanto Parte, como as obrigações financeiras, a cooperação com o Tribunal nos inquéritos e procedimentos criminais que se iniciaram antes da data da retirada, assim como a persecução de causas que o Tribunal já tivesse iniciado antes da retirada.

Porém, o aumento da criminalidade internacional e a necessidade dos Estados soberanos de reprimirem e punirem os crimes de grande repercussão, como os crimes contra a humanidade, genocídio, de guerra e de agressão, através de um órgão permanente de jurisdição internacional e imparcial que institua mecanismos mais eficazes de persecução criminal, justificam a utilização pela doutrina da interpretação constitucional e da relevância dos princípios de cooperação internacional, assim como a regulamentação do instituto da entrega, como formas de superação destas aparentes incompatibilidades.

### Capítulo III. Superação dos pontos divergentes entre a extradição e pedido de entrega previsto no Estatuto de Roma

Primeiramente, deve-se demonstrar a necessidade de aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional como tribunal permanente responsável pela persecução de crimes de genocídio, contra a humanidade, crimes de guerra e de agressão. Dessa forma, os Estados-Parte, como Portugal e Brasil, devem superar as eventuais incompatibilidades entre o Estatuto de Roma e suas Constituições, através da interpretação, da jurisprudência e da aplicação do instituto da responsabilidade individual e da justiça mundial<sup>207</sup>.

Nesse sentido, Maria Fernanda Palma, após a apresentação dos relatórios do Tribunal Penal Internacional à Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, analisou vários pontos críticos de aparentes incompatibilidades do Estatuto com algumas normas constitucionais, e concluiu, em relação a cada um deles, que uma eventual revisão constitucional destinada a acomodá-los, não seria vedada pelos limites materiais de revisão, sugerindo que tais pontos ainda eram compatíveis com certa interpretação da Constituição<sup>208</sup>.

Portanto, através da relevância da proteção internacional das pessoas<sup>209</sup>, dos princípios de direito internacional, da interpretação constitucional, dos mecanismos de revisão constitucional adotados pelo Brasil e por Portugal e da necessidade de repressão e punição dos crimes contra a sociedade internacional, vislumbra-se a superação dos pontos divergentes entre a extradição e o pedido de entrega previsto no Estatuto de Roma.

#### 1. A vedação de reserva previsto no Estatuto de Roma

O Estatuto de Roma proíbe expressamente a possibilidade de ratificação ou adesão com reservas, conforme artigo 120º<sup>210</sup> do diploma. A justificativa está no fato de não ocorrer a

<sup>207</sup> Sobre o Tribunal Penal Internacional, a responsabilidade individual e a necessidade da aprovação do Estatuto de Roma. SRIVASTAVA, Ojasvita. *The International Criminal Court: The Zeitgeist*. Civil Law Studies: An Indian Perspective, Edit by Anthony D'Souza and Carmo D'Souza. Cambridge Scholars Publishing, 2009, pp. 91-99.

<sup>208</sup> PALMA, Maria Fernanda. *Tribunal Penal Internacional e Constituição Penal*. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 11, fasc. 1º, Janeiro-Março 2001, Coimbra, Coimbra Editora, pp.11 e ss.

<sup>209</sup> Sobre a proteção internacional das pessoas privadas através da invocabilidade dos direitos do homem e sua respectiva definição ver DINH, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick, PELLET, Alain, *Direito Internacional Público*, 2ª edição, tradução de Vitor Marques Coelho, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, pp.671-673.

<sup>210</sup> “Artigo 120.º Reservas. Não são admitidas reservas a este Estatuto.”

violação do próprio objeto e finalidade do tratado, qual seja, o da entrega à jurisdição do Tribunal Penal Internacional de responsáveis pelos crimes contra a humanidade, assim como a não violação da Convenção de Viena de 1969 que também proíbe a formulação de reservas incompatíveis com o objetivo ou finalidade do tratado, artigo 19, alínea “c”<sup>211</sup>.

Não obstante, o artigo 121<sup>o212</sup> do Estatuto prevê a possibilidade de depois de sete anos de sua entrada em vigor, qualquer Estado Parte pode propor alterações, o que poderia ser outra solução para eventuais incompatibilidades. Porém, apesar de já ter transcorrido este prazo, sem que tenha havido alterações, as questões de nacionalidade, imunidade ou prisão perpétua, violariam da mesma forma os objetivos do tratado, pois impossibilitariam a entrega.

Assim, o que se sugere é a harmonização no sentido de aceitar o instituto da entrega como uma forma de cooperação internacional diferenciada do instituto da extradição e que por isto, inexistem entraves para a inserção deste instituto no ordenamento jurídico brasileiro e no português.

## 2. Superação das incompatibilidades do Estatuto de Roma perante o ordenamento jurídico brasileiro e o português

Para a superação das incompatibilidades entre o Estatuto de Roma e o ordenamento jurídico interno brasileiro e português é relevante estabelecer as diferenças entre a extradição e o instituto da entrega<sup>213</sup>.

A nomenclatura poderá ser irrelevante diante de sua aplicabilidade, visto que em determinados ordenamentos jurídicos, como o alemão, a extradição quer dizer o afastamento de um cidadão alemão do domínio de soberania da República Federal da Alemanha, em conjunção com a transferência para o domínio de um poder - a pedido deste – que pode também ter natureza

<sup>211</sup> “Artigo 19º Formulação de Reservas. Um Estado pode, ao assinar, ratificar, aceitar ou aprovar um tratado, ou a ele aderir, formular uma reserva, ao menos que: a) a reserva seja proibida pelo tratado; b) o tratado apenas autorize determinadas reservas, entre as quais não figure a reserva em questão; ou c) nos casos não previstos nas alíneas a) e b), **a reserva seja incompatível com o objeto e a finalidade do tratado.**”

<sup>212</sup> “Artigo 121.º Alterações 1 - Expirado o período de sete anos após a entrada em vigor do presente Estatuto, qualquer Estado Parte poderá propor alterações ao Estatuto. O texto das propostas de alterações será submetido ao Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas, que o comunicará sem demora a todos os Estados Partes.”

<sup>213</sup> Sobre as dificuldades lingüísticas sobre o instituto da entrega e da extradição CAEIRO, Pedro, *O procedimento de entrega previsto no Estatuto de Roma e a sua incorporação no Direito Português*, in *O Tribunal Penal Internacional e a Ordem Jurídica Portuguesa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 74.

de um tribunal internacional, conforme art. 16º, nº2, frase 2 da Lei Fundamental Alemã<sup>214</sup>. Assim, determina que a lei alemã só poderá admitir *extradições* para um Estado membro da União Européia ou para um tribunal internacional, a exemplo do Tribunal Penal Internacional, quando estejam garantidos os princípios do Estado de direito, independência do tribunal, direito de ser ouvido, procedimento justo e presunção de inocência<sup>215</sup>.

Contudo, no que tange a Constituição brasileira e portuguesa e as leis internas sobre a extradição, a não diferenciação entre extradição e entrega pode levar a conclusão de que as proibições constitucionais de extraditar seriam igualmente aplicáveis à entrega, fato que inviabilizaria sua efetivação diante das normas previstas no Estatuto de Roma, a exemplo da entrega de nacionais, da irrelevância das imunidades, da imprescritibilidade, dentre outros.

Por isso, torna-se imperioso para esta superação estabelecer as diferenças entre os institutos. A extradição é a entrega de uma pessoa por um Estado a outro Estado, conforme um tratado, uma convenção ou no direito interno. E a entrega ocorre de uma pessoa por um Estado ao Tribunal e corresponde ao modelo vertical de cooperação, não havendo um juízo e decisão política dos Estados, presente no modelo horizontal de cooperação.

Kai Ambos define que o Tribunal Penal Internacional é por definição incompatível com alguns princípios de direito internacional tradicional característicos do modelo horizontal de cooperação (reciprocidade, dupla incriminação, *ne bis in idem*, especialidade, não extradição de nacionais e cláusula de crime político) e que o art. 102º do Estatuto prevê um esclarecimento meramente terminológico que não resolve o problema de fundo, pois ambos ensejam a subtração de um cidadão de sua jurisdição nacional, sendo recomendável uma modificação constitucional que permita a extradição ou a entrega ao Tribunal Penal Internacional<sup>216</sup>. Ou seja, a conferência de Roma adotou um modelo vertical de cooperação que se caracteriza “por uma drástica redução da margem de apreciação dos pedidos por parte dos Estados e conseqüente diminuição das

<sup>214</sup> PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais: Direito Estadual II*. Tradução do original alemão Grundrechte, Staatsrecht II 22., neu bearbeitete Auflage C.F. Müller Verlag. Lisboa, Universidade Lusíada Editora, 2008, p. 321.

<sup>215</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional Federal Alemão E 113, 273/302 e ss, 331, 342 e ss. PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard, 2008, ob. cit. p. 321.

<sup>216</sup> AMBOS, Kai. *A implementação do Estatuto de Roma na legislação nacional*. In AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel. *Persecução Penal Internacional na América Latina e Espanha*. Título original: *Persecución internacional en America Latina y Espanha*. Tradução e organização do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo, IBCCRIM, 2003, p. 31.

garantias individuais, bem distante do modelo horizontal de cooperação, inter partes, típico da extradição”<sup>217</sup>.

Nesse sentido, Cachapuz de Medeiros explicita que a diferença fundamental consiste em ser o Tribunal Penal Internacional uma instituição criada para processar e julgar os crimes mais atrozes contra a dignidade humana de forma justa, independente e imparcial e conclui que “na condição de órgão internacional, que visa realizar o bem-estar da sociedade mundial, porque reprime crimes contra o próprio Direito Internacional, a entrega do Tribunal não pode ser comparada à extradição”<sup>218</sup>.

Portanto, a entrega não é realizada para outro sujeito de Direito Internacional Público, semelhante ao Estado Parte, também dotado de soberania e competência na ordem internacional. É efetuada para um organismo internacional, aceite pelos Estados Parte, não caracterizando uma jurisdição estrangeira, portanto, não sendo aplicáveis as regras em matéria de soberania e política externa aplicáveis à extradição.

Ademais, o ato de entrega é feito de um Estado ao Tribunal internacional de jurisdição permanente, e a extradição é feita por um Estado a outro, ambos soberanos, ambos em cooperação na repressão internacional de crimes e em absoluta igualdade. Assim Luiz Flávio Gomes conclui que a entrega não é inconstitucional, primeiro porque não se trata de extradição e porque o Brasil firmou o Tratado de Roma que prevê essa regra<sup>219</sup>.

## 2.1 Princípios da Cooperação Internacional e da Complementaridade

Bassiouni<sup>220</sup> relata que desde as atrocidades da Segunda Guerra Mundial, verifica-se a necessidade de serem aplicadas as mais diversas formas de cooperação internacional entre os Estados, no sentido de estabelecer políticas de legislação integrada, de relações multilaterais de cooperação e de uma Corte Internacional Penal. Assim dispõe:

<sup>217</sup> CAEIRO, Pedro, *O procedimento de entrega previsto no Estatuto de Roma e a sua incorporação no direito português*, in Vital Moreira, Leonor Assunção, Pedro Caeiro, Ana Luísa Riquito, *O Tribunal Penal Internacional e a Ordem Jurídica Portuguesa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 72-79.

<sup>218</sup> CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo. *O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira*. In *O que é o Tribunal Penal Internacional*, Série Ação parlamentar, n. 110, Brasília, Câmara dos Deputados/Coordenação de Publicações, 2000, pp. 209-215.

<sup>219</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal: Parte Geral – Introdução*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 245.

<sup>220</sup> BASSIOUNI. M. Cherif. *Policy Considerations on Inter-State Cooperation in Criminal Matters*. Procedural and Eformente Mechanisms in International Law, 2ª edição, volume II, Transnational Publishers, Inc. Ardsley, New York, pp. 12-13.

“Multilateralism should replace the archaic, inefficient and politicized bilateralism, and all modalities of inter-state penal cooperation should be integrated. Thus, multilateralism treaties and national legislations should integrate the following modalities: extradition, legal assistance, transfer of criminal proceedings; transfer of prisoners; transfer of sentences; recognition of foreign penal judgements; tracing, freezing and seizing of assets derived from criminal activity; and law-enforcement and prosecutorial cooperation. Only then will these complementary processes work to the benefit of ensuring efficiency without sacrificing proper legal procedures and violating individual human rights. Lastly, we must not forget the need to establish an International Criminal Court.”

A cooperação internacional possui relevância jurídica ao estabelecer a diferença entre o instituto da extradição e o da entrega diante das duas formas de cooperação: A cooperação horizontal estabelecida entre dois Estados, como ocorre com a extradição, em que há a entrega de uma pessoa de um Estado para o outro. E a cooperação vertical, quando há a entrega de um indivíduo a um órgão internacional, no caso, a entrega ao Tribunal Penal Internacional<sup>221</sup>.

Pode-se alegar que a obrigação de cooperar interfere na soberania dos Estados, entretanto, esta obrigação é realizada consensualmente quando os Estados Parte ratificaram o Estatuto de Roma. É a denominada cooperação vertical, “qual se caracteriza, não propriamente por uma relação de supra-infra ordenação (ordem – obediência), mas antes por uma drástica redução da margem de apreciação dos pedidos por parte do Estado requerido perante a entidade requerente bem diversa da tradicional “cooperação horizontal” (inter-estadual)”.<sup>222</sup>

De modo que as formas de cooperação em respeito ao ordenamento jurídico interno estão previstas no artigo 86º do Estatuto que estabelece a obrigação geral de cooperar, em que os Estados Parte deverão cooperar plenamente com o Tribunal no inquérito e no procedimento contra crimes da sua competência. Também, o artigo 83º prevê que estes deverão assegurar-se de que o seu direito interno tenha procedimentos que permitam responder a todas as formas de cooperação internacional. Por fim, o art. 70º, inciso 4, alínea “a” do Estatuto obriga os Estados Parte a estender suas leis penais que punam delitos contra a administração da justiça aos delitos contra a Corte Penal Internacional<sup>223</sup>.

<sup>221</sup> TRIFFTERER, Otto, 1999, ob. cit. p. 1073; CAEIRO, Pedro, 2004, ob. cit. p. 75.

<sup>222</sup> CAEIRO, Pedro, 2003, ob. cit. 51. Mais precisamente sobre a cooperação judiciária na União Européia, CAEIRO, Pedro. *Cooperação Judiciária na União Européia in Direito Penal Econômico e Europeu: textos doutrinários*, Volume III, Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Editora Coimbra, 2009, pp. 69-80.

<sup>223</sup> MIGUEL, João Manuel da Silva, 2001, ob. cit. p. 35. Nesse sentido MOREIRA, Vital, 2004, ob. cit. pp.32 e ss. CAEIRO, Pedro. *O Procedimento de entrega previsto no Estatuto de Roma e a sua incorporação no Direito*



De igual modo, o artigo 89º, nº 3 prevê que os Estados Parte autorizarão o trânsito ou a entrega de uma pessoa, de acordo com os procedimentos previstos na respectiva legislação nacional. Procedimento que respeita a legislação interna por se tratar de legislação procedimental, que contribui à cooperação internacional<sup>224</sup>.

A partir destes dispositivos do Estatuto de Roma e da necessidade de cooperação internacional para a repressão e punição da criminalidade, entende-se que as objeções discutidas sobre a inserção do instituto da entrega ao Tribunal Penal Internacional no ordenamento jurídico brasileiro e português podem ser superadas pelo princípio da complementaridade<sup>225</sup>, previsto explicitamente no preâmbulo, e nos artigos 1º, 17, 18 e 19 do Estatuto de Roma, que garante o equilíbrio entre os interesses nacionais e internacionais<sup>226</sup>.

Com o princípio da complementaridade pressupõe-se que o Estado tenha a capacidade e a vontade de perseguir e punir os responsáveis pelos crimes de sua competência. A capacidade pode estar expressa na normatividade adequada para a tipificação de crimes contra a humanidade, genocídio, crimes de guerra e de agressão, *ex-vi* art. 5º a 8º do Estatuto de Roma, e para a regulamentação dos procedimentos de persecução criminal; e a vontade pode ser considerada

---

*Português. In MOREIRA, Vital; LEONOR, Assunção; CAEIRO, Pedro e RIQUITO, Ana Luísa. O Tribunal Penal Internacional e a Ordem Jurídica Portuguesa. Coimbra, Editora Coimbra, 2004, p. 71. Importante ressaltar que no entendimento de Kai Ambos o Estatuto não contém uma obrigação específica com relação à adaptação do direito interno, exceto a obrigação normativa do art. 70 e a “exceção fática” relacionada com a obrigação de cooperação do Estados-parte prevista no art. 86 e o princípio da complementaridade previsto no art. 17 do diploma. AMBOS, Kai, 2003, ob. cit. p.27.*

<sup>224</sup> Otto Triffterer discorre sobre o artigo 88º e 89º, nº 3 “Frist, this part of the second sentence of paragraph 1 concerns exclusively procedure and not substantive Law. Second, national procedures Will have to be resorted to in order to execute a request for surrender. This is in no way prejudicial per se to effective cooperation and was therefore, not questioned even by the adherents of a strict vertical approach to cooperation. Third, national procedures must be used to meet, not defeat, the obligation to comply with a request to surrender. This is necessary result of a combined interpretation of the reference to procedure under national Law in point and article 88.” TRIFFTERER, Otto, ob. cit. pp. 1074 – 1075.

<sup>225</sup> Segundo Wladimir Brito “o princípio da complementaridade é “pedra angular da construção do Tribunal Penal Internacional e que, por nele concentrar e irradiar toda a doutrina da relação entre os Tribunais Nacionais e o Tribunal Penal Internacional, é também uma questão de grande complexidade jurídica” BRITO, Wladimir, 2000, ob. cit. p. 48; MIGUEL, João Manuel da Silva, 2001, ob. cit. p. 35; RODAS, João Grandino, 2009, ob. cit. p. 492; e CUNHA, Joaquim Moreira da Silva; PEREIRA, Maria da Assunção do Vale, 2004, ob. cit. p.488. Também sobre a importância e força do princípio da complementaridade “The principle of complementarity has indeed been strongly affirmed since the inception of the process of framing the current Statute of the ICC, namely since the International Law Commission Draft Statute of 1994 (...) complementarity is the cornerstone of the very concept of a permanent international criminal jurisdiction” STEFANI, Paolo de. *The ICC Prosecutor and the complementarity game in The International Criminal Court: Challenges and Prospects*. The European Inter-University Centre for Human Rights and Democratisation, EIUC, 2005, p. 35.

<sup>226</sup> FERNANDES, David Augusto. *Tribunal Penal Internacional: a concretização de um sonho*, São Paulo, Editora Renovar, 2006, p. 160.

uma questão de política criminal ou judicial. Caso não se verifique nenhum destes pressupostos, o Tribunal Penal Internacional pode assumir a jurisdição do caso concreto<sup>227</sup>.

Assim, possuindo competência subsidiária ou complementar, o Tribunal Penal Internacional, como órgão auxiliar dos Estados, só poderá julgar os crimes de sua competência quando os Estados lhe deferirem o poder de processar e julgar criminosos, inexistindo hipótese de violação de soberania.

Além de que, o próprio art. 17, inciso I, alíneas *a*, *b*, *c* e *d* estabelecem as condições de admissibilidade da competência do Tribunal Penal Internacional, ou seja, a Corte somente atuará quando o fato criminoso não for objeto de inquérito ou procedimento criminal por parte do Estado que tenha jurisdição sobre ele, ou quando o Estado tenha decidido não dar seguimento ao inquérito ou procedimento, ou quando a pessoa não tiver sido definitivamente julgada, ou quando o fato for suficientemente grave para justificar a intervenção do Tribunal Penal Internacional<sup>228</sup>.

Nesse sentido, Ojasvita Srivastava entende que o princípio da complementaridade está presente em muitas convenções, principalmente na Europa, em que o Tribunal de Justiça da União Europeia só será ativado quando a jurisdição nacional estiver sem credibilidade e não existir alternativa<sup>229</sup>. O Tribunal Penal Internacional é a última chance no combate a criminalidade internacional<sup>230</sup>. Nessa linha, Jorge Bacelar Gouveia afirma que “é exactamente desta complementaridade substantiva que cura um dos mais estranhos e misteriosos preceitos do ERTPI”<sup>231</sup>.

<sup>227</sup> AMBOS, Kai, 2003, ob. cit. p. 27-28.

<sup>228</sup> BECHARA, Fábio Ramazzini. *Tribunal Penal Internacional e o Princípio da Complementaridade*. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, Volume 4, n. 24, São Paulo, Fevereiro – Março de 2004, pp. 7-9.

<sup>229</sup> Nesse sentido Paolo de Stefani afirma “To construe a theory of complementarity by solely speculating on the positive wording of the ICC Statute would equate, to give just one example, to explaining the relationship between the European Court of Justice and the national courts only on the basis of the anodyne Article 220 of the EC Treaty, or to elucidate the subsidiarity principle in the European Union by making reference only to Article 5 of the same treaty.” STEFANI, Paolo de, 2005, ob. cit. p. 42.

<sup>230</sup> “The principle of complementarity is recognised in many regional conventions, particularly in Europe. The principle is also voluntarily recognized by the English courts. The ICC is to be activated only when no credible domestic alternative exists. It is therefore called the court of last resort”. SRIVASTAVA, Ojasvita. 2009, ob. cit. p. 94, e STEFANI, Paolo de, 2005, ob. cit. pp. 40-41. Nesse sentido, Pedro Caeiro sobre o princípio da complementaridade entende que “a justiça internacional em matéria penal deve ser administrada, em primeira linha pelos Estados, a quem incumbe o dever de incriminar as infracções mais graves contra o direito internacional e de lhes estender a sua jurisdição penal, nos termos mais latos permitidos pelo direito internacional público. Por isso o Tribunal só deve intervir quando os Estados não consigam ou não queiram cumprir essa obrigação internacional.” CAEIRO, Pedro, 2003, ob. cit. p. 46.

<sup>231</sup> GOUVEIA, Jorge Bacelar, 2004, ob. cit. p. 729.

Ou seja, por força do direito internacional penal, este deve ser subsidiário<sup>232</sup> e complementar ao direito interno, quando por força das limitações de soberania não se puder impor, ou quando não possuir meios de intervir e de obter uma “força controladora necessária”. Desse modo, a subsidiariedade como outro meio de superação das incompatibilidades, refere-se à eventual dificuldade de consolidação das instâncias internacionais, prevendo a possibilidade de os Estados aplicarem o direito nacional para as condutas que não são incriminadas no Estatuto e a complementaridade que se estabelece com a prevalência das instituições internacionais, quando os Estados não puderem representar os valores da comunidade internacional, ou seja, quando revelarem má-fé ou incapacidade para persecução criminal<sup>233</sup>.

Nestes termos, a necessidade de proteger a dignidade humana, que constitui um dos objetivos fundamentais do Estado Brasileiro, segundo o artigo 1º da Constituição Federal, as autoridades brasileiras devem colaborar com o projeto internacional de repressão e punição dos responsáveis por graves violações de direitos humanos, conforme o artigo 7º dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias em que “O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos”.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal entende que o Tribunal Penal Internacional, dotado de independência e personalidade jurídica internacional, o que lhe permite celebrar acordos e assumir direitos e obrigações com quaisquer outros sujeitos de direito internacional público, qualifica-se como tribunal revestido de caráter supra-estatal cuja competência penal vinculada materialmente nos termos do artigo 5º do Estatuto só pode ser legitimamente exercida tendo em consideração a jurisdição doméstica dos Estados Nacionais, com a estrita observância do postulado da complementaridade ou da subsidiariedade<sup>234</sup>.

Contudo, durante a elaboração do Estatuto de Roma verificou-se a necessidade de preservação da soberania jurisdicional dos Estados, principalmente sobre as disposições conflitantes entre o Estatuto e as legislações internas dos Estados. Porém, a prevalência da jurisdição limitada do Tribunal Penal Internacional e a adoção do princípio da complementaridade foram questões decisivas para a aprovação do Estatuto.

<sup>232</sup> No que se refere à subsidiariedade José Faria e Costa afirma “(...) o TPI ao julgar – e só o pode fazer, como se sabe, por via subsidiária – assume, sem dúvida alguma, uma dimensão comunitária.” COSTA, José Faria. *Tribunal Penal Internacional: um fio de esperança?*. Boletim da Ordem dos Advogados nº 21, 2002.

<sup>233</sup> CAEIRO, Pedro, 2001, ob. cit. pp. 57-59; CAEIRO, Pedro, 2004, ob.cit. p. 98 e PALMA, Maria Fernanda, 2001, ob. cit. pp. 10-11.

<sup>234</sup> Disponível em [www.stf.gov.br/arquivo/informativo/documento/informativo554.htm#transcricao1](http://www.stf.gov.br/arquivo/informativo/documento/informativo554.htm#transcricao1). Acesso em 10 de Setembro de 2009.

Em suma, é por força deste princípio que os Estados Parte devem adequar a legislação nacional, caso ocorra crime de competência do Tribunal Penal Internacional no seu território ou que tenha sido praticado pelo respectivo nacional ou que haja autorização do Estado não parte para a jurisdição da Corte. O Tribunal não pode interferir indevidamente nos sistemas judiciais nacionais, que continuam tendo a responsabilidade primária de investigar e processar os crimes praticados pelos seus nacionais, exceto quando os Estados se tornarem incapazes ou não demonstrarem vontade em punir seus criminosos, conforme o caso concreto. Portanto, a jurisdição do Tribunal não é estrangeira, é internacional, podendo afetar qualquer Estado Parte<sup>235</sup>.

## 2.2. Abrandamento da soberania

A cooperação internacional e o princípio da complementaridade ratificam a idéia de que a jurisdição do Tribunal Penal Internacional é subsidiária à jurisdição estatal, atuando somente quando o julgamento local tiver sido forjado para absolver o autor dos crimes definidos pelo Estatuto, ou quando a investigação e o processamento dos acusados demorarem injustificadamente<sup>236</sup>. Fato que não apóia o argumento de violação da soberania dos Estados Parte.

Não há violação de soberania, porque o seu reconhecimento é confrontado com os seus próprios limites, pois ganha credibilidade a interdependência moral entre os Estados e faz nascer o princípio da responsabilidade<sup>237</sup>. Esta interdependência implica na ausência de um controle satisfatório do que se passa dentro de suas próprias fronteiras, por isso os Estados pedem cada vez mais cooperação e em muitos casos, intervenção nos seus próprios assuntos, na espera de

<sup>235</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, 2009, ob. cit. pp.42-49; e SABÓIA, Gilberto Vergne, 2000, ob. cit. p. 8.

<sup>236</sup> RAMOS, Andre de Carvalho. *O Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira*. In CHOUKR, Fauzi Hassan e AMBOS, Kai. *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 275.

<sup>237</sup> Sobre a responsabilidade internacional do Estados SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de Direito Internacional Público*, São Paulo, Editora Atlas, 2002, p. 184 para quem a responsabilidade internacional do Estado se regula por dois grandes grupos. O primeiro grupo é o tradicional, que utiliza de usos e costumes, da doutrina, dos princípios gerais do direito, de códigos e de normas de Direito Internacional para imputar ao Estado responsabilidade subjetiva ou por culpa. O outro grupo, regulado por tratados e convenções multilaterais sobre assuntos específicos, imputa a responsabilidade objetiva, ou seja, sem culpa ou por risco. A responsabilidade subjetiva emanaria de normas jurídicas que exigissem uma determinada obrigação de um Estado, como a de proteger a pessoa humana contra tratamentos cruéis e desumanos, assim como, exigisse normas jurídicas que instituiriam o dever de reparar o dano, a partir do conhecimento do prejuízo, da autoria e do nexo de causalidade entre ambos. Entretanto, da responsabilidade objetiva surgiria um instituto rígido com normas especiais escritas, não sujeitas a mudanças pelos usos e costumes internacionais.

regular sua capacidade de regulamentação interna e internacional o que abandonam a soberania, instituindo uma soberania razoável perante a comunidade de responsabilidade<sup>238</sup>.

Ademais, a ratificação do Estatuto de Roma é um ato de soberania realizado de acordo com a Constituição Brasileira e Portuguesa no que tange a celebração de tratados internacionais. Esta ratificação fomentará a melhoria dos sistemas jurídicos nacionais para desenvolver mecanismos processuais eficazes para repressão e punição dos crimes previstos no Estatuto, inexistindo diminuição ou restrição de soberania.

Nesse sentido, Ojasvita Srivastava dispõe que a soberania não protege os Estados das interferências externas, mas os obriga a respeitar os direitos fundamentais e os interesses dos Estados membros<sup>239</sup>. Por isso, vislumbra-se a necessidade de adaptação da soberania punitiva do Estado brasileiro e português aos princípios de Direito Internacional Penal, justificado pela necessidade de incriminação e do interesse da comunidade internacional, na qual o Estado apenas será órgão ou expressão particular<sup>240</sup>.

Assim, a legitimidade do Tribunal funda-se na aceitação voluntária, sem a possibilidade de reservas da sua jurisdição. É infundada a crítica de que o Tribunal Penal Internacional invade indiscriminadamente a esfera das soberanias nacionais quanto à concretização do Direito Penal e Processual Penal. Os Estados conscientes de suas limitações territoriais e estruturais de persecução criminal buscam na cooperação internacional um meio de evitar a impunidade na comunidade internacional, diante de um mundo globalizado.

Nesse sentido, Pedro Caeiro afirma que,

“O Estado goza de uma ampla liberdade no exercício da sua jurisdição penal. Essa liberdade legitima-se formalmente através do dispositivo da soberania, na sua veste de mecanismo de delimitação internacional de poderes (independência); mas o seu fundamento material encontra-se à semelhança do que sucede com os restantes titulares da jurisdição penal não-estaduais – na responsabilidade pela paz e a segurança da comunidade sob o seu domínio”<sup>241</sup>.

Por fim, a soberania é um princípio do qual deriva toda a autoridade e oponível às pretensões ou a críticas dos outros, estando presente “nos conflitos mais medíocres, serve de

<sup>238</sup> BADIE, Bertrand. 1999, ob. cit. pp. 112-117.

<sup>239</sup> SRIVASTAVA, Ojasvita. *The International Criminal Court: The Zeitgeist. Civil Law Studies: An Indian Perspective*, Edited by Anthony D’Souza and Carmo D’Souza. Cambridge Scholars Publishing, 2009, p. 99

<sup>240</sup> PALMA, Maria Fernanda. 2001, ob. cit. p. 36.

<sup>241</sup> CAEIRO, Pedro, 2007, ob. cit. p. 557. Afirma também que “Não podemos, por isso, acompanhar aqueles que associam exclusivamente a exigência de certas condições para a cooperação judiciária internacional à *quase absoluta soberania dos Estados*”. CAEIRO, Pedro, 2004, ob. cit. p. 118.

guarda-chuva às manobras mais cínicas e é chamada para ilustrar os direitos mais diversos”<sup>242</sup>. O princípio da responsabilidade substitui o da soberania, pois cada Estado é responsável pela sobrevivência do planeta, pelo seu desenvolvimento e pelos seus valores constituídos e universais na proteção dos direitos humanos e na repressão à criminalidade.

Pode, pois, afirmar que a existência de um abrandamento ou relativização da soberania, pois desde o pensamento de Grotius a soberania não pode ser vista como poder absoluto e inatingível a partir de sua idéia ética e jusnaturalista em que consegue manter a soberania dentro de certos limites, pressentindo algo que já se assemelha a uma sociedade mundial, o que temos atualmente<sup>243</sup>. Nesse sentido Bertrand Badie sublinha sobre o desdobramento do conceito de soberania, em que o ato de cessão dos Estados ao progresso de uma comunidade de segurança e de integração regional cria uma nova ordem de opções políticas, como ocorre na União Européia e em instituições que relativizam o conceito de soberania como secretariados permanentes, grupos de trabalho interestatais, conselhos de ministros ou mesmos tribunais de arbitragem<sup>244</sup>.

A ratificação do Estatuto de Roma no ordenamento jurídico brasileiro e português e a conseqüente inserção da entrega do Tribunal Penal Internacional não apresenta como uma violação à soberania dos Estados Parte, mas sim um reforço ao princípio da cooperação internacional e à necessidade de repressão e punição da criminalidade na comunidade internacional.

### 2.3 A entrega de nacionais: Jurisprudência Portuguesa e Brasileira

Antes de mais, e em primeiro lugar, não se pode confundir o instituto da entrega com o da extradição como meio de ilidir a entrega de nacionais. Há previsão expressa no artigo 102º do Estatuto de Roma diferenciando os institutos e a natureza jurídica dos participantes da relação jurídica são diferentes, visto que a relação extradicional ocorre entre dois Estados soberanos e na entrega (*surrender ou remise*), os participantes são o Estado Parte e o organismo internacional, o Tribunal Penal Internacional.

André de Carvalho Ramos no sentido de completa desvinculação entre a extradição e a entrega, afirma:

---

<sup>242</sup> BADIE, Bertrand. 1999, ob. cit. p. 87.

<sup>243</sup> *Ibid*, p. 27.

<sup>244</sup> *Ibid*, pp.105 – 111.

“A extradição, instituto jurídico tradicional na cooperação judicial internacional, possui limites bem assentados na nossa Constituição, na lei interna e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Assim, equiparar a entrega (*surrender*) à extradição pode acarretar impossibilidade do Brasil cumprir seus deveres de cooperação com o Tribunal Penal Internacional.”<sup>245</sup>

Defendendo a idéia de que a soberania de um Estado não é absoluta, nem a dignidade de um Estado fica ofendida pelo fato da entrega de seu nacional a uma Justiça internacional, é aceitável o instituto da entrega no ordenamento brasileiro e português. Principalmente porque a entrega só se efetua depois que as próprias autoridades nacionais examinarem os fundamentos do pedido e os considerem aceitáveis<sup>246</sup>.

O fundamento da não-extradição de nacionais está relacionado ao fato de a justiça estrangeira poder ser injusta ou imparcial, a exemplo do ordenamento jurídico brasileiro desde a ratificação do Código de Bustamante de 1928<sup>247</sup>. Não obstante, isto não se aplica ao Tribunal Penal Internacional, cujos crimes já estão determinados no Estatuto de Roma e cujas normas processuais garantem a imparcialidade dos julgamentos e foram ratificados pelo Estado brasileiro e português<sup>248</sup>.

Desse modo, ainda que se entenda pela impossibilidade de inserção do instituto da entrega por ser incompatível com a extradição, conclui-se que o princípio da extradição de nacionais já foi posto em crise no ordenamento jurídico português, em razão da Emenda Constitucional nº1/97 que alterou o artigo 33º da Constituição, permitindo, nos termos do n. 3, a extradição de nacionais, assim como a Lei nº 65/2003, de 23 de Agosto, referente ao mandado de detenção europeu.

Assim, o que era intocável, sofre um conjunto de exceções em decorrência das obrigações europeias e internacionais de Portugal<sup>249</sup>. Também, o artigo 32º, nº 1 e nº 2<sup>250</sup> da CRP

<sup>245</sup> SGARBOSSA, Luís Fernando; JENSEN, Geziela. *As opções políticas do Estatuto de Roma e seu impacto em relação ao regime jurídico-constitucional dos direitos fundamentais no Brasil*. Jus Navegandi, ano 10, n. 1152, Teresina, 27 de Agosto de 2006. Disponível em: [www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8849](http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8849). Acesso em 20 de Setembro de 2009.

<sup>246</sup> LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães, 2001, ob. cit. p. 150.

<sup>247</sup> Art. 345 dispõe “Os Estados contractantes não estão obrigados a entregar seus nacionais. A nação que se negue a entregar um de seus cidadãos fica obrigada a julgá-lo”. Disponível em: <http://ccji.pgr.mpf.gov.br/ccji/legislacao/legislacao-docs/bustamante.pdf>. Acesso em 02 de Fevereiro de 2010.

<sup>248</sup> CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo, 2000, ob. cit. p. 14.

<sup>249</sup> COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais de direito penal. Fragmenta iuris poenalis*, 2ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 101.

<sup>250</sup> “Artigo 32º Casos em que é excluída a extradição, nº 1 – Para além dos casos referidos nos artigos 6.º a 8.º, a extradição é excluída quando: a) O crime tiver sido cometido em território português;b) A pessoa reclamada tiver nacionalidade portuguesa, salvo o disposto no número seguinte. 2 - É admissível a extradição de cidadãos

estabelecem que haja recusa da extradição se a pessoa reclamada for de nacionalidade portuguesa, **salvo se a extradição de nacionais estiver estabelecida em tratado, convenção ou acordo de que Portugal seja parte.** O que demonstra uma exceção em razão da ratificação do Estatuto de Roma pelo Estado Português, o que se pode concluir que a entrega de um nacional é aceitável ao ordenamento jurídico português.

De mesmo modo, o artigo nº 32º da Lei nº 144/99 sobre Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal admite a extradição de cidadãos portugueses do território nacional desde que esteja estabelecida em tratado, convenção ou acordo de que Portugal seja parte, a exemplo do Estatuto de Roma, por ele ratificado; também que os fatos configurem casos de terrorismo ou criminalidade internacional organizada; e que ordem jurídica do Estado requerente consagre garantias de um processo justo e equitativo. Entende-se, portanto, que a norma proibitiva de entrega de nacionais portugueses não deve ser interpretada de forma absoluta diante do cometimento de crimes de guerra, de crimes contra a humanidade, de genocídio e de agressão, de intensa repercussão à sociedade internacional como os crimes de terrorismo e criminalidade organizada.

O mandado de detenção europeu, executado com base no princípio do reconhecimento mútuo das decisões penais, para fins de procedimento criminal ou cumprimento de pena ou medida de segurança, e regulamentado na Lei 65/03, de 23 de Agosto, em obediência à Decisão-Quadro 2002/584/JAI, de 13 de Junho, do Conselho da União Europeia estabelece que, caso a pessoa procurada esteja em território nacional, tiver nacionalidade portuguesa ou residir em Portugal e desde que o mandado tenha sido emitido para cumprimento de pena e que Portugal se comprometa a executar esta pena de acordo com a sua lei, a entrega será facultativa. Ou seja, mais um motivo de que a norma proibitiva da entrega de nacionais não é absoluta, possibilitando a entrega de um nacional ao Tribunal Penal Internacional.

Dessa forma, a distinção entre a entrega de um nacional, brasileiro ou português, a uma corte com jurisdição internacional, aceite pelo Brasil e por Portugal por tratado devidamente ratificado que os obriga a entregar um nacional é diferente da entrega a um tribunal estrangeiro, cuja jurisdição está prejudicada pela soberania de outra potência estrangeira. Isto porque a jurisdição estrangeira não revela o consentimento do Estado brasileiro ou do Estado português

---

portugueses do território nacional desde que: a) A extradição de nacionais esteja estabelecida em tratado, convenção ou acordo de que Portugal seja parte; b) Os factos configurem casos de terrorismo ou criminalidade internacional organizada; e c) A ordem jurídica do Estado requerente consagre garantias de um processo justo e equitativo.”



quando emitida a ordem de prisão, sendo neste caso, aplicada as normas proibitivas da extradição e não sendo caso de entrega.

Vale ressaltar que quando o Tribunal Penal Internacional requerer a entrega do acusado e esta for negada o Estado brasileiro ou português poderão ser considerados não colaboradores, através de um processo levado à Assembléia dos Estados Parte do Tribunal Penal Internacional e até mesmo ao Conselho de Segurança da ONU e, conseqüentemente, poderão não ficar bem vistos na sociedade internacional, conforme art. 87, nº 7 do Estatuto<sup>251</sup>. A justificativa se encontra no princípio geral de cooperação plena, em que o pedido deve ser executado, não se admitindo fundamentos de recusa de cooperação, ou seja, “o Estado requerido não pode pronunciar-se acerca da falta de jurisdição do Tribunal sobre o caso para o qual é requerida a cooperação, essa é uma questão que o Tribunal decide soberanamente.”<sup>252</sup>.

Nesta linha, o Ministro Francisco Rezek afirma ser óbvia a distinção entre a entrega de um nacional a uma jurisdição internacional, da qual o Brasil faz parte, e a entrega de um nacional – esta sim proibida pela Constituição – a um tribunal estrangeiro, que “exerce sua autoridade sob um outro pavilhão que não o nosso, e não, portanto, a uma jurisdição de cuja construção participamos, e que é produto da nossa vontade, conjugada com de outras nações.”<sup>253</sup>

Diante do exposto, o entendimento majoritário é que não há óbices para a entrega de nacionais ao Tribunal Penal Internacional. Ademais, a extradição de nacionais já era aceite pelo Direito Interamericano, conforme artigo 20º do Tratado Penal Internacional de Montevideu de 1989 sendo prevista a primeira lei brasileira de extradição, lei n. 2.416 de 1911 com base no

---

<sup>251</sup> “Art. 87º, nº7 Se, contrariamente ao disposto no presente Estatuto, um Estado Parte recusar um pedido de cooperação formulado pelo Tribunal, impedindo-o assim de exercer os seus poderes e funções nos termos do presente Estatuto, o Tribunal poderá elaborar um relatório e submeter a questão à Assembleia dos Estados Partes ou ao Conselho de Segurança, quando tiver sido este a submeter o facto ao Tribunal.” A idéia de responsabilidade está empregada no sentido de que a Assembléia dos Estados Parte ou o Conselho de Segurança da ONU poderem apurar os fatos que levaram o Estado a recusar ou a não colaborar. Porém, desenvolvendo a questão, pode-se configurar a Responsabilidade Internacional do Estado por ineficácia na repressão da criminalidade internacional e na proteção dos direitos fundamentais, quando poderá ser obrigado a garantir a não-repetição do ato, na medida em que se comprometa a prevenir ocorrências de novas violações e ficará sujeito à sanção internacional que possui o objetivo precípua de coagir os infratores através da pressão moral, social e política e de reparar o grave descumprimento dos direitos humanos. RAMOS, André de Carvalho. *Responsabilidade Internacional do Estado por violação de Direitos Humanos*. Brasília, Revista Centro de Estudos Judiciários, n.29, Abri./Jun. 2005, p. 58-60.

<sup>252</sup> CAEIRO, Pedro, 2004, ob. cit. p. 81.

<sup>253</sup> REZEK, Francisco. *Princípio da complementaridade e soberania*. Revista Centro de Estudos Judiciários, volume 4, n. 11, Maio/Ago, 2000, p. 67.

princípio da reciprocidade, ou seja, não existe uma tradição nem no ordenamento americano, nem no brasileiro de se proibir a extradição de nacionais<sup>254</sup>.

Entendimento pautado na jurisprudência brasileira sobre a extradição de nacionais é perfeitamente aplicável à entrega ao Tribunal Penal Internacional.

Assim, ainda que no Brasil se entenda que a entrega e a extradição são apenas um instituto, o Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Internacional e do Ramo Brasileiro da *International Law Association* entende que a proibição de extraditar nacionais é absurda, isto porque não encontra motivos suficientes para que um brasileiro no exterior que envergonhou um país ao cometer um crime, cuja presença o Brasil não quer mais, goze de proteção constitucional. Por fim, afirma que se deve proteger o direito humano não do criminoso, mas sim da vítima<sup>255</sup>.

Igualmente, se a extradição não puder ser concedida, por inadmissível, em face da pessoa reclamada ostentar a condição de brasileira nata, legitimar-se-á a possibilidade do Estado brasileiro, mediante aplicação extraterritorial de sua própria lei penal *ex-vi* art. 7º, inciso II, “b” e respectivo §2º<sup>256</sup> do Código Penal, “fazer instaurar a concernente *persecutio criminis*, em ordem a impedir, por razões de caráter ético-jurídico, que práticas delituosas, supostamente cometidas, no exterior, por brasileiros (natos ou naturalizados) fiquem impunes”<sup>257</sup>. Ou seja, se o Estado brasileiro ou o português não permitirem a entrega de seus nacionais ao Tribunal Penal Internacional, clama-se pela instauração do processo criminal na jurisdição interna, de forma a evitar que as regras constitucionais proibitivas da extradição sejam utilizadas para evitar a entrega de criminosos e manter a impunidade na comunidade internacional.

---

<sup>254</sup> RODAS, João Grandino. Texto produzido pelo autor baseado na conferência proferida no Seminário Internacional “O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira”, promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em 29 de Setembro de 1999, no auditório do Superior Tribunal de Justiça, em Brasília, DF, Brasil. Revista Centro de Estudos Judiciários, n. 11, Agosto/2000, p. 31-35.

<sup>255</sup> SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. Texto produzido pelo autor baseado na conferência proferida no Seminário Internacional “O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira”, promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em 29 de Setembro de 1999, no auditório do Superior Tribunal de Justiça, em Brasília, DF, Brasil. Revista Centro de Estudos Judiciários, n. 11, Agosto/2000, p. 19-30.

<sup>256</sup> “Art. 7º - Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro: II - os crimes: b) praticados por brasileiro; (...) § 2º - Nos casos do inciso II, a aplicação da lei brasileira depende do concurso das seguintes condições: a) entrar o agente no território nacional; b) ser o fato punível também no país em que foi praticado; c) estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição; d) não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena; e) não ter sido o agente perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável.”

<sup>257</sup> Supremo Tribunal Federal, HC-QO 83.113, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 26 de Junho de 2003, Diário de Justiça de 29 de Agosto de 2003. Disponível em [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em 19 de Janeiro de 2010.

## 2.4 A entrega por motivo de crime político ou crime por motivação política

Os crimes contra a humanidade previstos no art. 7º do Estatuto de Roma, a exemplo da perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, **por motivos políticos** ou ataque contra uma população civil com base na **política de um Estado**, poderão ser considerados crimes políticos ou crimes comuns motivados por razões de natureza política. Isto porque o elemento objetivo constitutivo dos crimes contra a humanidade previsto no Estatuto exige que as infrações sejam praticadas enquanto parte de uma ação ou política estadual, ou seja, tem subjacente um objetivo de caráter político, um plano, uma ideologia ou uma motivação política tendentes à destruição, perseguição ou enfraquecimento de uma comunidade, fato que por vezes enseja na utilização de recursos públicos ou privados de natureza militar ou não, assim como a participação de autoridades políticas e/ou militares no estabelecimento de linhas essenciais em determinados métodos de atuação<sup>258</sup>. E um dos elementos subjetivos deste crime exige que o autor deva estar ciente de que a sua conduta se inscreve “numa qualquer política ou prática sistemática ou a ela de qualquer modo está ligada”, o que demonstra que a natureza e a motivação destes crimes é essencialmente política.

Por outro lado, grande parte dos delitos sob a jurisdição e competência do Tribunal Penal Internacional são praticados por pessoas que ocupam cargos políticos e em momentos de lutas políticas. Assim, outro elemento objetivo constitutivo dos crimes contra a humanidade é que os atos são praticados por funcionários do Estado ou seus representantes fomentando a ação ou política estadual de natureza discriminatória, podendo ser cometidos por indivíduos enquanto órgão estadual ou por agentes que atuem a título privado, mas em consonância com a ação ou política estadual de onde retira inspiração para sua conduta<sup>259</sup>.

Dessa forma, diante dos elementos objetivos e subjetivos dos crimes contra a humanidade – crime adotado como exemplo – que são constituídos a partir do envolvimento de questões políticas e de ligação com o Estado, poder-se-ia entender pela impossibilidade da entrega do indivíduo ao Tribunal Penal Internacional, pela proibição constitucional de extraditar por crime político ou crime por motivação política.

---

<sup>258</sup> ALMEIDA, Francisco António de M. L. Ferreira de, 2009, ob. cit. p. 315.

<sup>259</sup> *Ibid*, pp. 320-321.

Contudo, não há definição precisa de crime político e o seu aspecto anti-social é muito mais relativo do que o crime comum. Por vezes, possuem características de crimes comuns ou se assemelham a ação de caráter terrorista. Nesse sentido, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes entende ser necessário a contextualização no âmbito dos objetivos políticos e na possibilidade de se fazer uma ponderação entre o caráter comum do delito e a sua inserção em uma ação política mais ampla<sup>260</sup>. Portanto, entende-se que o crime contra humanidade, de acordo com o exposto, bem como o terrorismo e outros de grande repercussão possuem natureza política, posto que correspondem à expressão da macrocriminalidade capazes de afetar a segurança, a integridade, a paz dos cidadãos e das sociedades organizadas, em que a comunidade internacional não pode permanecer indiferente diante da ameaça ao Estado Democrático de Direito, às instituições políticas e às liberdades públicas.

Deste modo, o Supremo Tribunal Federal não considera para fins de extradição que o crime de terrorismo é de natureza política, pois a extradição - assim como a entrega - se apresenta como um meio de cooperação internacional na repressão à prática de criminalidade comum e representa um instrumento de significativa importância no combate ao terrorismo (ameaça aos valores democráticos e à paz e segurança internacionais) justificando por isso, para efeitos extradicionais, sua descaracterização como delito de natureza política, visto que o criminoso político ficaria impune diante da impossibilidade de sua extradição<sup>261</sup>.

Portanto, diante do crime de terrorismo a jurisprudência lhe retirou o caráter de crime político para permitir a extradição e a conseqüente repressão e punição deste crime de grande relevância à comunidade internacional, para que o acusado fosse processado e julgado pela jurisdição do Estado requerente. Nesta linha de raciocínio, pode-se entender que as soluções para a entrega ao Tribunal Penal Internacional dos criminosos que cometeram crimes contra a humanidade, de genocídio ou de guerra é primeiramente não se ater apenas à literalidade do artigo 7º do Estatuto de Roma no que tange as motivações políticas e às organizações políticas e

---

<sup>260</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 2ª edição revisada e atualizada, São Paulo, Editora Saraiva, 2008, pp. 619-620. Nesse sentido, HÉLVIO SIMÕES VIDAL entende que é político o delito quando ofende a ordem política, social ou jurídica interna ou externa do Estado - crime político puro - insere-se grande parte dos crimes eleitorais, nomeadamente os que atingem o direito de voto. É político também o delito comum praticado por motivação política - crime político relativo ou impuro. VIDAL, HÉLVIO SIMÕES, 2008, ob. cit. p. 471.

<sup>261</sup> Supremo Tribunal Federal. Extradição nº855/CHI, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 26 de Agosto de 2004, Diário de Justiça de primeiro de Julho de 2005. Disponível em [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em 04 de Fevereiro de 2010.

estatais e, posteriormente, desconsiderar o caráter político dos crimes para fins de entrega, conforme a jurisprudência brasileira.

Ou seja, o Estado brasileiro tendo aceitado a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, não poderá recusar-se de cooperar por se tratar de crime político ou crime comum por motivação política. Dessa forma, a aplicação da jurisprudência no que tange a extradição nos casos de crimes políticos é a solução viável diante da ausência de regulamentação do instituto da entrega.

No ordenamento jurídico português tem-se semelhante dificuldade. Pedro Caeiro observa que um aparente motivo de recusa da entrega ao Tribunal Penal Internacional de pessoa que tenha praticado crime por motivos políticos e afirma que a aceitação do Estado Português à jurisdição do Tribunal este “se encontra condicionado à realização de uma justiça internacional que promova o respeito pelos direitos da pessoa humana e dos povos”. Afirma que a recusa de o pedido de entrega fundada por motivos políticos não cumpre os objetivos do Estatuto, encontrando-se fora do âmbito da cooperação a que o Estado Português aceitou vincular-se. E conclui que “esta proibição constitucional é redundante, pois a solução que prescreve alcançar-se-ia da mesma forma através da boa interpretação do artigo 7º, nº7º da CRP”<sup>262</sup>.

Assim, deve-se respeitar o pedido de cooperação, sem que a extradição seja por fato que constitua crime de natureza política ou crime conexo com crime político, estando excluídas dessas classificações as infrações como o genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra, o terrorismo e outros, conforme artigo 7º, nº1, alínea “a” e nº2<sup>263</sup> da Lei 144/99, o que demonstra, nestes casos, mais um argumento pela compatibilidade do instituto da entrega.

Em conclusão, a norma proibitiva da extradição por crimes políticos ou motivada por razões políticas não será aplicável à entrega, tendo em vista a importância do instituto perante a cooperação internacional no combate à criminalidade, tal como a extradição nos crimes de terrorismo julgada pelo STF brasileiro e a interpretação do artigo 7º, nº 7º da Constituição Portuguesa e nem será motivo que justifique a não recepção do instituto da entrega.

<sup>262</sup> CAEIRO, Pedro, 2004, ob. cit. p. 119.

<sup>263</sup> “Artigo 7.º Recusa relativa à natureza da infracção “nº 1 - O pedido é também recusado quando o processo respeitar a facto que constituir:a) Infracção de natureza política ou infracção conexa a infracção política segundo as concepções do direito português.” E “nº2 - Não se consideram de natureza política: a) O genocídio, os crimes contra a Humanidade, os crimes de guerra e infracções graves segundo as Convenções de Genebra de 1949;b) As infracções referidas no artigo 1.º da Convenção Europeia para a Repressão do Terrorismo, aberta para assinatura a 27 de Janeiro de 1977;c) Os actos referidos na Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, adoptada pela Assembleia das Nações Unidas em 17 de Dezembro de 1984; d) Quaisquer outros crimes a que seja retirada natureza política por tratado, convenção ou acordo internacional de que Portugal seja parte.”

## 2.5 A necessidade do levantamento das imunidades

A entrega ao Tribunal Penal Internacional, conforme o disposto no artigo 27º, n. 1 e 2 do Estatuto de Roma, prevê a irrelevância das imunidades e da qualidade de oficial para que o Tribunal exerça sua jurisdição. Deste modo, a imunidade de direito internacional, nomeadamente a dos Chefes de Estado, seria desconsiderada. A imunidade de direito internacional, prevista na Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961 se fundamenta na proteção do exercício do cargo no sentido de preservar sua credibilidade perante a ordem internacional, evitando que tenham que comparecer na jurisdição de outro Estado. As imunidades de direito interno do Presidente da República e de parlamentares por prerrogativa de foro também são desconsideradas perante o Estatuto.

Esta cláusula do Estatuto implica uma derrogação de todas as regras constitucionais previstas na Constituição Brasileira e Portuguesa, possibilitando a entrega nestas situações quando se verificar a ocorrência de um dos crimes previstos no artigo 5º do Estatuto. A questão é que se o Tribunal tivesse que obter o levantamento da imunidade em cada caso junto ao Estado, o Estatuto de Roma não faria sentido, no que concerne à repressão da criminalidade internacional, visto que a maioria dos crimes previstos no artigo 5º é cometida por Chefes de Estados, o que justifica a irrelevância das imunidades. Ou seja, a prática de crime de direito internacional tem implicado na participação direta ou indireta de pessoas que atuam no exercício das funções oficiais, como membros do governo, dessa forma, pouco a pouco a convicção de que os Chefes de Estado ou de Governo não mais com o intuito de se eximirem à respectiva responsabilidade criminal poderiam se escudar no conceito absoluto de soberania e das imunidades, ainda quando tivessem atuando no exercício de suas funções oficiais, isto porque, estas pessoas possuem autoridade necessária para ordenar execução de planos e políticas que ensejam prática de crimes de elevada gravidade e magnitude e de manipular a estrutura estatal para manutenção de sua impunidade<sup>264</sup>.

No que tange a imunidade de direito interno a exemplo do Chefe de Estado, que apesar de derogadas pelo Estatuto, no entender de Maria Fernanda Palma, não se pode concluir pela incompatibilidade entre o artigo 27º do Estatuto e a imunidade prevista na Constituição Portuguesa, porque, na verdade, esta não existe, o que se tem é apenas uma condição de

---

<sup>264</sup> ALMEIDA, Francisco António de M. L. Ferreira de, 2009, ob. cit. pp. 246-249.

procedibilidade quanto aos crimes praticados fora do exercício de suas funções, em que será julgado após o término do mandato de presidente da República. E os crimes cometidos no exercício da função, serão julgados pelo Supremo Tribunal de Justiça e, caso a jurisdição nacional seja falha, nada impede de os agentes serem processados e julgados, pelos crimes previstos no Estatuto, pelo Tribunal Penal Internacional. E sobre as imunidades dos parlamentares no que tange a seus votos e opiniões, estas não estão nem tipificados no Estatuto de Roma e as regras de procedibilidade poderão ser cumpridas normalmente. Não há incompatibilidade <sup>265</sup>.

Também, no caso do Presidente da República, verifica-se que tanto na Constituição Brasileira como na Constituição Portuguesa não há uma imunidade substantiva, pois o que há são prerrogativas de funções e critérios de competência, para que o mesmo seja processado e julgado. Ele é sempre criminalmente responsável, incluindo os crimes praticados no exercício de sua função, fato que não justifica a idéia de incompatibilidade do Estatuto de Roma que somente será aplicável quando na jurisdição interna não forem adotados os procedimentos constitucionais previstos.

Nesse sentido, caso fique comprovada a demora ou a incapacidade no processo de apuração e punição dos crimes do Estatuto de Roma na jurisdição interna, com a devida aplicação das regras de procedibilidade e de prerrogativas de função previstas nas Constituições, quando cometidos por estas pessoas que exerçam funções de *poder*, pode ser iniciado o processo no Tribunal Penal Internacional. Isto porque, as regras de admissibilidade previstas no art. 17º<sup>266</sup> do

<sup>265</sup> PALMA, Maria Fernanda, 2001, ob. cit. pp. 21-22. Nesse sentido, MOREIRA, Vital, 2004, ob. cit. pp. 30 e ss.

<sup>266</sup> “Artigo 17.º Questões relativas à admissibilidade (...) a) O caso for objecto de inquérito ou de procedimento criminal por parte de um Estado que tenha jurisdição sobre o mesmo, salvo se este **não tiver vontade de levar a cabo o inquérito ou o procedimento ou não tenha capacidade efectiva para o fazer**; b) O caso tiver sido objecto de inquérito por um Estado com jurisdição sobre ele e tal Estado tenha decidido não dar seguimento ao procedimento criminal contra a pessoa em causa, a menos que esta decisão resulte do facto de **esse Estado não ter vontade de proceder criminalmente ou da sua incapacidade efectiva para o fazer**; (...) 2 - A fim de determinar se há ou não vontade de agir num determinado caso, o Tribunal, tendo em consideração as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional, verificará a existência de uma ou mais das seguintes circunstâncias: a) O processo ter sido instaurado ou estar pendente ou a decisão ter sido proferida no Estado **com o propósito de subtrair a pessoa em causa à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal, nos termos do disposto no artigo 5.º**; b) Ter havido **demora injustificada no processamento, a qual, dadas as circunstâncias, se mostra incompatível com a intenção de fazer responder a pessoa em causa perante a justiça**; c) O processo **não ter sido ou não estar a ser conduzido de maneira independente ou imparcial**, e ter estado ou estar a ser conduzido de uma maneira que, dadas as circunstâncias, **seja incompatível com a intenção de fazer responder a pessoa em causa perante a justiça**. 3 - A fim de determinar se há incapacidade de agir num determinado caso, o Tribunal verificará se o Estado, por colapso total ou substancial da respectiva administração da justiça ou por indisponibilidade desta, **não estará em condições de fazer comparecer o arguido, de reunir os meios de prova e depoimentos necessários ou não estará, por outros motivos, em condições de concluir o processo.**”

Estatuto foram aceites pelos Estados Parte e demonstram a importância do princípio da complementaridade e da competência subsidiária do Tribunal Penal Internacional tem para com as jurisdições internas.

O primeiro episódio sobre as imunidades internacionais e os crimes internacionais iniciou-se em 1919 na Comissão dos Quinze Membros que recomendara que todas as pessoas de países inimigos, independente da posição oficial, como Chefes de Estado, suspeitos de práticas de ofensas às leis e costumes de guerra e às leis da humanidade, fossem responsabilizados no plano criminal. Posteriormente, sem êxito diante da ausência de norma costumeira que consagrasse a remoção das imunidades funcionais, tentou-se julgar o antigo Imperador Guilherme II e os militares alemães. Não obstante, estes precedentes demonstram que os representantes do Estado não poderiam escudar-se nas imunidades como forma de se esquivarem à responsabilidade criminal pela prática de ilícitos internacionais como os crimes contra a humanidade<sup>267</sup>.

Dentre os precedentes, tem-se o artigo 7º, n. 2 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a Antiga Iugoslávia que dispõe que a qualidade oficial de um acusado, quer se trate de um Chefe de Estado ou de governo, ou de um alto funcionário, não o isentará de responsabilidade penal e não constituirá motivo de redução da pena. Segundo M. Cherif Bassiouni<sup>268</sup> “fue en conformidad con la presente disposición que Slobodan Milosevic fue sometido a proceso por el TPIY mientras él era jefe de Estado de la República Federal de Yugoslavia”. Outro precedente está previsto no artigo 6º, n. 2 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para Ruanda<sup>269</sup> (TPIR)

<sup>267</sup> ALMEIDA, Francisco António de M. L. Ferreira de, 2009, ob. cit. pp. 504-505.

<sup>268</sup> BASSIOUNI, M. Cherif. *Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice*. Publicado en Virginia Journal of International Law Association, Otoño 2001, 42 Va. J. Int'l. L. 81. Disponível na versão em língua espanhola *Jurisdicción Universal para Crímenes Internacionales: Perspectivas Históricas y Práctica Contemporánea*. Disponível em [http://www.cdh.uchile.cl/Libros/18ensayos/Bassiouni\\_JurisdiccionUniversal.pdf](http://www.cdh.uchile.cl/Libros/18ensayos/Bassiouni_JurisdiccionUniversal.pdf). Acesso em 27 de Fevereiro de 2010.

<sup>269</sup> Nesse sentido, Bassiouni dispõe que “El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) suprimieron la inmunidad sustantiva para el genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra. El Estatuto del TPIY, artículo 7(2), Los estatutos del TPIY y del TPIR, sin embargo, no se refieren al tema de la inmunidad procesal, esto es, si los jefes de Estado o diplomáticos pueden todavía beneficiarse de la inmunidad de procedimiento en tanto que se mantienen en el cargo y, para los últimos, mientras se encuentren acreditados ante un país en el cual prestan servicios. En conformidad con el derecho internacional consuetudinario existente, los jefes de Estado y los diplomáticos pueden todavía alegar inmunidad de procedimiento en oposición al ejercicio de jurisdicción penal nacional. Sin embargo, si son llevados a juicio, ellos no pueden oponer la inmunidad como una defensa sustantiva al crimen imputado si éste es uno de los crímenes mencionados más arriba o si es un crimen respecto del cual un tratado en forma específica no permite dicha defensa, como es el caso con respecto al Artículo 27 de la CPI. Con respecto a los diplomáticos acreditados en un país en el cual prestan servicios, ellos tienen el beneficio de la Convención de Viena en relación con el Derecho de Inmunidad Diplomática, la cual establece a favor de ellos inmunidad de procedimiento pero no sustantiva. Es probablemente por



que emprega a mesma linguagem do TPIY, bem como o Tribunal Militar Internacional (TMI) de Nurembergue e o Tribunal Militar Internacional para Extremo Oriente (TMIEO) que suprimiram a imunidade substantiva no caso de crimes contra a paz, a guerra e crimes contra a humanidade.

Por fim, precedente recente relacionado à idéia de que a comunidade internacional desconsidera a qualidade de Chefe de Estado para que seja processado e julgado por uma jurisdição internacional, imparcial e competente, é caso do General Augusto Pinochet. No caso, nem a lei inglesa pactuou com a prevalência da imunidade, em que o Comitê de Apelação da Câmara dos Lordes o considerou desprovido da condição de Chefe de Estado e, portanto passível de extradição. A partir da indefinição do que constitui a função de chefe de Estado, principalmente no que tange sua relação com os seus nacionais, este órgão entendeu que um Estado não pode torturar ou liquidar arbitrariamente os seus opositores e que isto constitui crime internacional e grave violação de direitos humanos. Em suma, Pinochet era quem estava violando o Direito Internacional e não o Estado Chileno, portanto, se deveria punir a pessoa que se encontrava no poder, e não o agente político. Entretanto, posteriormente Pinochet foi solto, sob o fundamento de que estava idoso e que não teria condições de enfrentar um tribunal. A decisão da Casa dos Lordes ilustra, assim, a proteção dos valores essenciais da sociedade em repressão aos crimes contra a humanidade, desconsiderando imunidade que contribua à impunidade<sup>270</sup>.

Importante ressaltar que no caso Pinochet entende-se que ocorreu a cessação da imunidade funcional, em razão do cometimento de crime internacional, composto por fatos que não podem constituir atos praticados pelo Estado<sup>271</sup>. Diferentemente das imunidades pessoais que são válidas até contra crimes de direito internacional, exceto quando a própria comunidade internacional decidir o contrário, como é o caso do estabelecimento dos tribunais internacionais por intermédio de uma autoridade supranacional, como o Conselho de Segurança da ONU, perante os quais são irrelevantes<sup>272</sup>.

Nessa linha, Kai Ambos questiona se a imunidade pessoal procede nos casos de crimes internacionais, isto porque os crimes são praticados por homens e não por entes abstratos e se diante das inúmeras reclamações para reparação de danos e de prejuízos contra o Estado não põem em perigo sua soberania funcional, a prevalência da imunidade de um Ex-chefe de Estado

---

estas razones que los estatutos del TPIY y del TPIR no se refieren a estas materias.” BASSIOUNI, M. Cherif, 2001, ob. cit. p. 342.

<sup>270</sup> PALMA, Maria Fernanda, ob. cit. p. 23.

<sup>271</sup> CAEIRO, Pedro, 2007, ob. cit. p. 359.

<sup>272</sup> *Ibid*, p. 361.

também não abala esta soberania, visto que este não desempenha mais suas funções. Contudo, conclui que a imunidade de um Chefe de Estado em pleno exercício é normalmente absoluta com objetivo de assegurar a soberania estatal. Porém, no caso concreto, deve-se ponderar a natureza e a gravidade dos atos para efetivação da persecução criminal para não por em perigo a soberania e que isto poderia ser aplicado nos casos de crimes graves cometidos por Chefes de Estado<sup>273</sup>.

Ainda sobre as imunidades denominada por Kai Ambos de pessoal e de estatal, e conclui:

“La inmunidade (estatal) debe estar limitada por razón de los derechos humanos, com independência de si los hechos correspondientes se consideran como acciones em ejercicio del cargo o no. El asunto radica em una ponderación entre soberania funcional y protección efectiva de los derechos humanos. Em el caso concreto, lo que importa es la naturaleza e gravedad de los hechos y las repercusiones que la persecución tiene em la soberania funcional del Estado em cuestión: normalmente cuando se trate de um antiguo jefe de Estado ya no será peligroso, pero si está em funciones todavía lo será bastante.”<sup>274</sup>

Diante do caso concreto, não se pode entender que será perigoso à soberania do Estado aceitar a repressão e punição de crimes internacionais pelo Tribunal Penal Internacional contra Chefes de Estado em pleno exercício, isto porque, como será mencionado no próximo capítulo, no caso do Chefe de Estado da República do Sudão, por vezes, estes não são os indivíduos que atuam efetivamente no cumprimento de diretrizes estaduais, apesar do seu grande poder de comando, principalmente na violação de direitos humanos, fato, repito, que não tornaria perigoso à soberania daquele Estado, caso fosse punido criminalmente.

Importante mencionar ainda que no âmbito interno, no caso de deputados e parlamentares, Vital Moreira entende que estes poderão ser responsáveis por incitarem, instigarem ou serem cúmplices através de seus votos e opiniões políticas, caso votem em lei que implique no sentido de ser cometido algum ato que configure crime previsto no Estatuto de Roma. E conclui que “por efeito da cláusula de recepção do Tribunal Penal Internacional do artigo 7º, nº 7 da CRP, passou a haver também um novo preceito virtual do art. 157º da Constituição para salvaguardar a jurisdição desse Tribunal”<sup>275</sup>.

<sup>273</sup> AMBOS, Kai. *Impunidad y Derecho Penal Internacional*. 2º edición actualizada y revisada, Buenos Aires, Argentina, Ad Hoc Editora, 1999, pp. 320-330.

<sup>274</sup> *Ibid*, pp. 331-332.

<sup>275</sup> MOREIRA, Vital. *O Tribunal Penal Internacional e a Constituição in* MOREIRA, Vital; ASSUNÇÃO; CAEIRO, Pedro e RIQUITO, Ana Luísa. *O Tribunal Penal Internacional e a Ordem Jurídica Portuguesa*. Coimbra, Editora Coimbra, 2004, pp. 28-29.

No que tange a questões procedimentais, o artigo 98º, n.º 1<sup>276</sup> do Estatuto prevê que há necessidade de obter o levantamento da imunidade previamente por parte do Tribunal para que este exerça a jurisdição sobre pessoas que se encontrem nos Estados não parte (Terceiro) ou desta nacionalidade. Fato que não pode ser confundido com a irrelevância da imunidade para os Estados que já aderiram ao Estatuto de Roma, cujo levantamento da imunidade ocorre de forma imediata, conforme a melhor interpretação e majoritária do artigo 98º, n. 1<sup>277</sup>.

Em sentido contrário, defende Pedro Caeiro que o Tribunal Penal Internacional sempre está obrigado a solicitar ao respectivo Estado (Parte ou não parte do Estatuto) que renuncie à mesma, nos termos do 98º, nº1<sup>278</sup>:

“(i) é precisamente esta norma que confere ao Tribunal os poderes necessários para solicitar a entrega de pessoas que gozem de uma imunidade internacional (trata-se já de um acto do procedimento e, portanto, do exercício da jurisdição judicativa) (ii) é a mesma norma que obriga os Estados-Parte a renunciar às imunidades referidas quando o Tribunal solicite, a outro Estado, a entrega de um seu nacional que delas beneficie; (iii) enfim, é ainda o art. 27º, nº2, que confere ao Tribunal os poderes necessários para julgar, sem outras diligências, os nacionais de Estados-Partes que se apresentem voluntariamente perante ele, pois deve entender-se que, nessa circunstância, os Estados-Partes renunciaram de forma tácita, às imunidades em causa. Esta conclusão não é contraditória com a exigência de renúncia expressa quando se trate da entrega, por um Estado estrangeiro, de um indivíduo que goze de uma imunidade pessoal em virtude do efectivo exercício de funções de representação nesse Estado (...)”.

Contudo, se a irrelevância da imunidade se justifica pelo Direito Internacional Penal que historicamente surgiu como ramo do direito que visa o controle da comunidade internacional ainda não consolidada sobre os indivíduos detentores de poder estatal ou equiparado, que impõem “limitação às estruturas de poder e às próprias estruturas da legalidade.”<sup>279</sup>.

Bem como tem por objetivo evitar que a jurisdição estatal impeça a entrega da pessoa que ocupe posição oficial ou cargo político, possibilitando a celeridade na cooperação do Estado Parte, voluntariamente signatário do Estatuto, não se pode entender que ainda seja exigida autorização a este Estado para que levante o “véu da impunidade”. Diferentemente dos Estados

<sup>276</sup> “Artigo 98.º Cooperação relativa à renúncia, à imunidade e ao consentimento na entrega 1 - O Tribunal não pode dar seguimento a um pedido de entrega ou de auxílio por força do qual o Estado requerido devesse actuar de forma incompatível com as obrigações que lhe incumbem à luz do direito internacional em matéria de imunidade dos Estados ou de imunidade diplomática de pessoa ou de bens de um Estado terceiro, a menos que obtenha previamente a cooperação desse Estado terceiro com vista ao levantamento da imunidade.”

<sup>277</sup> SWART, Bert; SLUITER, Göran. *The International Criminal Court and International Criminal Cooperation in Reflections on the International Criminal Court*. Essays in Honour of Adrian Boos, 1999, p. 120.

<sup>278</sup> CAEIRO, Pedro, 2007, ob. cit. p. 362.

<sup>279</sup> PALMA, Maria Fernanda, 2001, ob. cit. pp. 8-9.

não partes onde se pressupõe que não aceitaram a totalidade dos dispositivos do Estatuto, devendo o Tribunal Penal Internacional pedir a devida autorização para o levantamento da imunidade. Se assim não fosse, a irrelevância das imunidades prevista no Estatuto perderia a razão de ser, caso sempre fosse preciso pedir autorização para as autoridades que compõem o Estado, que, por vezes, contribuem para acobertar a criminalidade internacional.

Ainda que se tenha como um instituto de Direito Internacional, deve-se distinguir a imunidade perante uma Corte Internacional e a imunidade entre Estados, pois, no primeiro caso, não há obstáculo processual para a persecução de crimes internacionais desde o estabelecido no Tribunal de Nuremberg e, no segundo caso, ainda se mantém a regra do *par in parem no habet imperium*<sup>280</sup>, em que nenhum Estado poderá julgar outro, através de perseguições de seus funcionários<sup>281</sup>.

Ainda sobre os elementos objetivos constitutivos dos crimes contra a humanidade, Francisco Ferreira de Almeida dispõe que os responsáveis, cúmplices ou encobridores ou àqueles que colaboram à prática destes crimes, são pessoas que trabalham nos vários “estratos da burocracia do Estado” que conseguem, por vezes, se ocultar por meio perante as estruturas administrativas, sem serem descobertos. Nestes casos, estes crimes pressupõem a utilização das instituições, estruturas e recursos do Estado e o envolvimento de pessoas que atuam por conta do poder público, atuando enquanto órgãos estaduais ou a título privado em harmonia com a ação ou política estadual de onde retira inspiração<sup>282</sup>.

Sabe-se que quase a totalidade dos crimes previstos no Estatuto de Roma são praticados por indivíduos que ocupam cargos ou funções públicas e utilizam os privilégios e imunidades estabelecidos no seu ordenamento jurídico interno como forma de se manterem impunes diante da sociedade internacional. Por isso o Estatuto elide qualquer possibilidade de invocação da imunidade e da jurisdição e com esta nova sistemática não podem os genocidas e os responsáveis pelos piores crimes cometidos contra a humanidade acobertar-se pela prerrogativa de foro, pelo fato de que exerciam uma função pública ou de liderança à época do delito ou atualmente.

---

<sup>280</sup> “Entre iguais não há quem domine”. Esta regra foi confirmada na sentença da Corte Internacional de Justiça no caso entre a República Democrática do Congo e a Bélgica, que declarou ilegal da detenção belga do ex-ministro das Relações Exteriores do Congo. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=36&case=121&code=cobe&p3=4>. Acesso em 04 de Janeiro de 2010.

<sup>281</sup> AMBOS, Kai, 2003, ob. cit. p. 31.

<sup>282</sup> ALMEIDA, Francisco António de M. L. Ferreira de, 2009, ob. cit. pp. 309-321.

## 2.6 A pena de prisão perpétua e a imprescritibilidade dos crimes no Estatuto de Roma

### 2.6.1 A questão da prisão perpétua

Antes de mais, a Constituição brasileira não perfilha de forma expressa uma dada doutrina ou teoria quanto à função da pena. A doutrina apresenta duas teorias, a absoluta e a relativa. A primeira está associada à idéia de retribuição ou de expiação, reparação ou compensação do mal do crime, que superada a fase do talião, a igualação haveria de ser exclusivamente normativa. Assim, Figueiredo Dias afirma que qualquer valor ou desvalor das teorias absolutas como teorização dos fins da pena, elas teriam tido o irrecusável mérito de erigir a culpa como pressuposto e limite de toda aplicação da pena<sup>283</sup>.

A teoria relativa reconhece que as penas têm sentido social positivo na busca pela prevenção ou profilaxia criminal. Tem-se a prevenção geral, destinada a “atuar sobre a generalidade dos membros da comunidade, afastando-os da prática de crimes, através da ameaça penal estatuída pela lei, da realidade de sua aplicação e da efetividade de sua execução”<sup>284</sup>.

Deste modo, a pena pode ser vista como mecanismo de intimidação (prevenção geral negativa) ou como instrumento de reforço da confiança da comunidade na vigência das normas penais (prevenção geral positiva ou de integração). Na doutrina da prevenção especial, as penas podem ser vistas como instrumento de prevenção especial negativa (separação, segregação ou neutralização do delinquente) ou como mecanismo de prevenção especial positiva ou de socialização (inserção social, socialização ou ressocialização)<sup>285</sup>.

Entende-se que mesmo não dispondo de forma expressa, tanto o constituinte brasileiro quanto o português ao elencarem os diversos tipos de penas passíveis de serem aplicadas, consagraram o princípio da necessidade da pena que aceita as teorias da prevenção geral e da prevenção especial por definir os bens tutelados e a medida das penas. Fato que poderia justificar a não aplicabilidade da pena de prisão perpétua prevista no Estatuto de Roma.

Dessa forma, a possibilidade de se decretar a prisão por toda a vida apenas com base na gravidade do crime ou na periculosidade do agente de forma retributiva, poder-se-ia concluir pela violação do princípio da necessidade da pena, da reintegração ou regeneração do delinquente no Estado Democrático de Direito e perante a Constituição brasileira e portuguesa.

---

<sup>283</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: parte geral*. Tomo I, Coimbra, Editora Coimbra, 2004, p. 45.

<sup>284</sup> *Ibid*, p. 48.

<sup>285</sup> *Ibid*, pp. 48–53.

Decide assim, por se tratar de um Tribunal permanente, independente e com jurisdição e competência aceites pelo ordenamento jurídico brasileiro e português, e tendo em vista a cooperação internacional vertical, deve-se permitir a entrega sem a necessidade de prévia comutação de pena de carácter perpétuo. Isto porque as teorias de prevenção geral e especial pautariam a aplicabilidade desta pena através da análise, da quantificação e qualificação dos bens jurídicos a serem protegidos, quais sejam, a humanidade, a paz internacional e a vida de centenas de seres humanos.

Ademais, o artigo 110<sup>286</sup> n. 3º do Estatuto prevê a revisão ou redução da pena depois de cumprido dois terços, ou 25 anos de prisão em caso de pena de prisão perpétua, o que não caracterizaria uma pena de carácter perpétuo e não violaria o princípio da necessidade da pena e de regeneração do delinquente, muito menos a sua incompatibilidade com a Constituição brasileira e a portuguesa. Também é perfeitamente compatível com o Código Penal Brasileiro e a Lei de Execução Penal, no artigo 33º, §2º, no que tange a progressão da pena. Assim como, com o sistema previsto no artigo 30º, n. 2 da Constituição Portuguesa e no artigo 5º, n. 1º do Código Penal Português.

Portanto, a prática de proibição constitucional de prisão perpétua não conflita com o Estatuto, porque é uma pena que depende de aplicação subsidiária pelo Tribunal Penal Internacional em respeito ao princípio da complementaridade, pois os Estados aceitam que tal pena seja aplicável nos casos em que sua jurisdição não seja exercida<sup>287</sup>.

Também, não se pode confundir a extradição com a entrega no caso de prisão perpétua. A aplicação da pena de prisão perpétua no caso de extradição é controlável pelas garantias dadas pelo Estado requerente de que não serão aplicáveis e, no caso da entrega, o próprio Estado brasileiro ou português controlarão a entrega ao Tribunal Penal Internacional, visto que é de competência subsidiária e só será aplicável mediante os critérios de admissibilidade e diante da ineficácia da jurisdição interna. É no sentido de controle da entrega através da competência estatal subsidiária que a jurisprudência constitucional portuguesa sugere como solução à aparente incompatibilidade do instituto da entrega<sup>288</sup>.

---

<sup>286</sup> “Artigo 110.º Reexame pelo Tribunal da questão de redução de pena 3 - Quando a pessoa já tiver cumprido dois terços da pena, ou 25 anos de prisão em caso de pena de prisão perpétua, o Tribunal reexaminará a pena para determinar se haverá lugar à sua redução. Tal reexame só será efectuado transcorrido o período acima referido.”

<sup>287</sup> PALMA, Maria Fernanda, 2001, ob. cit. p. 30.

<sup>288</sup> *Ibid*, p. 31.

Sabe-se que a proibição de prisão perpétua entra nos limites materiais de revisão constitucional, que no Brasil pode-se entender como cláusula pétrea, entretanto, não se pode entendê-la em termos rígidos e rigorosos, pois se deve fazer uma interpretação maleável, flexível, distinguindo aquilo que é essencial do que não é essencial. Por exemplo, a pena de morte seria inviável, mas a prisão perpétua seria possível mediante revisão constitucional sem interferir na problemática de limites materiais ou cláusulas pétreas, no entender de Jorge Miranda<sup>289</sup>.

É notório que não haverá garantia de que o Tribunal irá aplicar outra pena que não seja de caráter perpétuo. Porém, a possibilidade de, depois de 25 anos, revisar a pena que *ab initio* é de caráter perpétuo, demonstra a consonância com os princípios de direito constitucional, de Direito Penal, em conformidade com a progressão de regime, e de Direito Internacional no combate à criminalidade.

No sistema jurídico brasileiro, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal possui a orientação no sentido de autorizar a extradição - diante deste entendimento, pressupõe-se a autorização da entrega ao Tribunal Penal Internacional - sem a necessidade de compromisso de comutação da pena por uma admitida no ordenamento jurídico, independente de o réu aguardar por julgamento ou ter sido condenado<sup>290</sup>. Também, em mais de uma ocasião este órgão de cúpula do Poder Judiciário autorizou a extradição para Estados que admitem pena de morte, com a condição de que houvesse a comutação desta pena pela de prisão perpétua, em conformidade com o art. 91º da Lei 6.815/80 que não restringe a extradição em função da prisão perpétua<sup>291</sup>.

Nesse sentido, o Ministro Francisco Rezek, no caso Russel Weisse<sup>292</sup>, afirmou que a lei extradicional brasileira<sup>293</sup>, em absoluto, não faz outra restrição, salvo aquela que tange à pena de

<sup>289</sup> MIRANDA, Jorge. Texto produzido pelo autor baseado na conferência proferida no Seminário Internacional “O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira” promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em 29 de Setembro de 1999, no auditório do Superior Tribunal de Justiça, em Brasília, DF, Brasil. Revista Centro de Estudos Judiciários, n. 11, Agosto/2000, pp. 19-30.

<sup>290</sup> Supremo Tribunal Federal, Extradição nº 507 requerida pela República Argentina e Extradição nº 426 requerida pelos Estados Unidos. Disponível em [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em 19 de Janeiro de 2010.

<sup>291</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. Texto produzido pelo autor baseado na conferência proferida no Seminário Internacional “O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira” promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em 29 de Setembro de 1999, no auditório do Superior Tribunal de Justiça, em Brasília, DF, Brasil. Revista Centro de Estudos Judiciários, n. 11, Agosto/2000, pp. 52-64; FERNANDES, David Augusto, 2006, ob. cit. p. 312.

<sup>292</sup> Supremo Tribunal Federal. Extradição nº 426. Disponível em [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em 19 de Janeiro de 2010.

<sup>293</sup> A Lei 6.815/80 por força do artigo 91 não restringe em nenhuma das hipóteses a extradição em função da pena de caráter perpétuo, direcionando seu comando ao legislador interno brasileiro, não alcançando a legislação estrangeira, ou internacional, a exemplo do Estatuto de Roma. BECHARA, Fábio Ramazzini. *Homologação de sentença estrangeira, extradição e expulsão: garantias do processo justo*. In *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. MIRANDA, Jorge e SILVA, Marco Antonio Marques, São Paulo, Editora Quartier Latin, 2009, p. 478.

morte, podendo ser aplicada a prisão perpétua. Neste mesmo caso, o Ministro Sidney Sanches entendeu que a regra proibitiva da extradição quando aplicada prisão perpétua “visa impedir apenas a imposição de penas ali previstas para os que aqui tenham de ser julgados. A proibição da prisão perpétua não há de ser pretendida eficácia fora do País”. Ou seja, caso a pena seja aplicada pelo Tribunal Penal Internacional – fora do país - o acusado ou condenado poderá ser entregue, inexistindo qualquer incompatibilidade.

No sistema jurídico português, Pedro Caeiro afirma que a aplicabilidade da pena de prisão perpétua pelo Tribunal não colide com a proibição da prisão perpétua contida no artigo 30º, nº1 da Constituição Portuguesa, visto que vale apenas para o ordenamento jurídico nacional e não tem a possibilidade de impedir Portugal de participar na criação de uma entidade jurisdicional internacional que possa aplicá-la<sup>294</sup>.

Também, poderia ser aplicado ao instituto da entrega com base na norma prevista no artigo 33º, nº5<sup>295</sup> da CRP que se destina a permitir a incorporação no direito português do mandado de detenção europeu<sup>296</sup> e aos processos de entrega entre os Estados-Membros. Assim, entende-se que as normas proibitivas de extradição com base na pena de prisão perpétua não impedem a entrega a outro Estado Europeu ou ao Tribunal Penal Internacional, caso esta pena seja aplicável<sup>297</sup>. Portanto, se o mandato de detenção europeu pode ser efetivado quando prevista a prisão de carácter perpétuo, em conformidade com a CRP, aplicado pelo Supremo Tribunal de Justiça desde que requerido por outro Estado soberano Europeu, e que não tendo sido suscitada inconstitucionalidade, o instituto da entrega ao Tribunal Penal Internacional, em respeito ao artigo 7º, nº 7º da CRP, também pode ser aplicado.

Entende-se que no âmbito do controle de constitucionalidade, a partir de uma interpretação conforme a Constituição, consubstancia uma diretriz de prudência política em prol da unidade da Constituição, portanto, se por decisão política o mandado de detenção europeu foi incorporado ao direito português, permitindo a entrega mesmo nos casos de prisão perpétua, a

<sup>294</sup> CAEIRO, Pedro, 2003, ob. cit. p. 56; CAEIRO, Pedro, 2001, ob. cit. p. 55.

<sup>295</sup> “Artigo 33.º Expulsão, extradição e direito de asilo, nº 5. O disposto nos números anteriores não prejudica a aplicação das normas de cooperação judiciária penal estabelecida no âmbito da União Europeia.”

<sup>296</sup> O Supremo Tribunal de Justiça Português dispõe que as regras de direito nacional de cada Estado devem ser interpretadas à luz do texto e das finalidades da Decisão Quadro que estabeleceu o Mandado de Detenção Europeu, o que não impossibilita esta mesma interpretação à entrega prevista no Estatuto de Roma. Supremo Tribunal de Justiça, Acórdão nº 428/09.0YFLSB, 18.06.2009. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/2c8fd0f14a81f163802576350049f062?OpenDocument>. Acesso em 29 de Janeiro de 2010.

<sup>297</sup> CAEIRO, Pedro, 2003, ob. cit. p. 57.



decisão é de que será permitida a entrega ao Tribunal Penal Internacional mesmo que para o caso esteja prevista a prisão perpétua, inexistindo inconstitucionalidade, mesmo face às diferenças relativas aos sujeitos da relação (Estado Português e outro Estado europeu é diferente de o Estado Português e o Tribunal Penal Internacional).

Ocorre que Portugal decidiu livremente ser signatário do Estatuto de Roma e por isso deve cooperar internacionalmente por intermédio do instituto da entrega.

Apesar de ainda não prevista no Estatuto de Roma, importante mencionar que a pena de morte não pode ser entendida da mesma forma, visto que se trata de uma pena irreversível e inaceitável pelo ordenamento jurídico português e brasileiro. Apesar das atrocidades cometidas pelos agentes, a exemplo de crimes de genocídio, contra a humanidade, de agressão e de guerra, não há como aplicar *in abstracto* pena de morte ou pena de que resulte lesão irreversível da integridade física, ou, segundo o Tribunal Constitucional Português, quando houver, ainda que remota, a possibilidade jurídica de esta pena ser aplicada<sup>298</sup>.

Mesmo assim, no futuro, com base na política Norte Americana<sup>299</sup> que admite a pena de morte, poderá ser adotada pelos países latino americanos, por exemplo, através da vontade política na instituição do Poder Constituinte Originário<sup>300</sup> que retire da Constituição Brasileira a previsão da proibição de pena de morte. No caso dos países europeus, não seria possível aplicar tal pena, visto que o Protocolo nº 13 à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, relativo à abolição da pena de morte em quaisquer circunstâncias de 03 de Maio de 2002 prevê no artigo 1º abolição da pena de morte dispondo que “É abolida a pena de morte. Ninguém será condenado a tal pena, nem executado.” Bem como, diante do artigo 24.º da CRP em que “A vida humana é inviolável” e “Em caso algum haverá pena de morte.”<sup>301</sup>.

Caso a pena de morte fosse prevista no Estatuto de Roma, alguns doutrinadores aceitariam a entrega, pelo fato de ser aplicada fora da soberania territorial. Nesse sentido, a juíza do Tribunal

<sup>298</sup>CAEIRO, Pedro. *Proibições Constitucionais de extraditar em função da pena aplicável (O Estatuto Constitucional das proibições de extraditar fundadas na natureza da pena correspondente ao crime segundo o direito do Estado requerente, antes e depois da Lei constitucional nº 1/97)*. Separata de A inclusão do outro, *Stvdia Iyridica*, n. 66, Coimbra, Universidade de Coimbra, 1997, p. 169.

<sup>299</sup>CAEIRO, Pedro. *Ut Puras Servaret Manus*. Separata da Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 11, fasc. 1º, Janeiro – Março, 2001, p. 54.

<sup>300</sup>Sobre a análise do Poder Constituinte Originário CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª Edição, 4ª Reimpressão, Coimbra, Editora Almedina, 2007, pp. 128 e ss; MENDES, Gilmar Ferreira, 2008, ob. cit. pp. 197-208.

<sup>301</sup>European Court of Human Rights. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/7510566B-AE54-44B9-A163-912EF12B8BA4/0/PortuguesePortugais.pdf>. Acesso em 24 de maio de 2010.

Penal Internacional, Sylvia Helena Steiner afirma que nada obsta que a pena de morte possa ser instituída fora do Brasil, em tribunal permanente com jurisdição internacional, de que o Brasil seja parte e em relação ao qual deva obediência, em prol do bem estar da humanidade. Dito de outro modo, em prol da repressão dos crimes previstos no Estatuto de Roma e da punição dos criminosos<sup>302</sup>. Porém, esse entendimento infringiria os conceitos de soberania pessoal e a proteção da integridade física e da vida de brasileiros, de portugueses ou de estrangeiros em território brasileiro e português.

De acordo com o entendimento da Corte Constitucional Alemã, o objetivo dos direitos fundamentais resulta do dever do Estado não apenas de se abster de intervir no âmbito desses direitos, mas também de protegê-los contra a agressão de terceiros através do dever de proibição de determinada conduta (*Verbotspflicht*), do dever de segurança (*Sicherheitspflicht*) e do dever de evitar riscos (*Risikopflicht*). Assim, a norma constitucional proibitiva de pena de morte explicita que os “mandados de criminalização”<sup>303</sup> impõem ao legislador o dever de preservação da vida humana e da integridade física dos cidadãos que implica na criminalização de atos que atentem contra a vida e que na previsão do crime e da pena seja observado o princípio da proporcionalidade, como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente que não justificariam a aplicabilidade da pena de morte<sup>304</sup>.

Portanto, entende-se que a pena de morte viola o dever de proteção do Estado aos cidadãos, por se tratar de pena desproporcional e irreversível, além de infringir os princípios da necessidade da pena e da proibição de excesso.

Por fim, ratificando a compatibilidade da prisão perpétua e a incompatibilidade da pena de morte, Klaus Kreb afirma que uma minoria das delegações sobre a aprovação do Estatuto de Roma objetou quanto à prisão perpétua em desconformidade com sua Constituição interna, e que a inclusão da pena de morte e desta prisão significaria a impossibilidade de um consenso. Assim, a exclusão da pena de morte e o mecanismo de revisão obrigatório ou redução da pena depois de

---

<sup>302</sup> STEINER, Sylvia Helena F. *O Tribunal Penal Internacional, a pena de prisão perpétua e a Constituição Brasileira. O que é o Tribunal Penal Internacional*. Série ação parlamentar, n. 110, Brasília, Câmara dos Deputados/Coordenação de Publicações, 2000, pp. 34-41.

<sup>303</sup> Segundo Luciano Feldens os mandados constitucionais de criminalização atuam como limitações à liberdade de configuração do legislador penal e impõem a instituição de um sistema de proteção por meio das normas penais. FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal*. Porto Alegre, Livro do Advogado, 2005, pp. 80 e ss.

<sup>304</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, 2008, ob. cit. pp. 582–587.

cumprido dois terços, ou 25 anos, foram cruciais para a obtenção do consenso apoiado pela maioria dos Estados europeus cuja Constituição impede a prisão perpétua e a pena de morte<sup>305</sup>.

## 2.6.2 A questão da imprescritibilidade

Um dos fundamentos para a imprescritibilidade de certos crimes segundo Beccaria ordena-se em razão da espécie do delito. Ou seja, os crimes de genocídio, crimes de guerra, dentre outros de grande repercussão são mais raros, porém a instrução e a duração do processo criminal devem ser eficaz, contudo, deve-se prolongar o tempo da prescrição, porque a inocência do acusado é mais provável do que nos crimes comuns<sup>306</sup>.

No âmbito do Estatuto de Roma, entende-se que a regra da imprescritibilidade não se dirige aos Estados Partes, apenas fortalece o fato de o Tribunal Penal Internacional não deixar de exercer a jurisdição em virtude da prescrição de crimes nas ordens jurídicas estaduais, “excluindo dessa forma eventuais procedimentos interpretativos que, como sucedeu já no passado com o caso Eichmann, pudessem tentar desenvolver-se para tal efeito”<sup>307</sup>.

A imprescritibilidade justifica-se ainda pela intensa repercussão e conseqüências, por vezes desastrosas, à comunidade internacional dos crimes previstos no Estatuto. A necessidade de um lapso temporal extenso para a instrução processual internacional, em razão do intercâmbio de documentação e apuração de fatos que ocorreram há muitos anos ou que se protraem no tempo, como é o caso de genocídio ou crimes de guerra – acobertados constantemente pelas autoridades responsáveis locais - reafirmam o fundamento da imprescritibilidade dos crimes previstos no Diploma.

Também, não se pode entender pela incompatibilidade da imprescritibilidade porque o próprio Estatuto estabelece os tipos penais, as penas correspondentes e, conseqüentemente, a imprescritibilidade, institutos que foram ratificados pelo Estado brasileiro e português e que não serão aplicáveis na ordem jurídica interna, mas sim na ordem jurídica determinada pelo Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, quando a entrega for efetuada diante da incapacidade da jurisdição interna.

---

<sup>305</sup> SGARBOSSA, Luís Fernando; JENSEN, Geziela, 2006, ob. cit. p. 10.

<sup>306</sup> BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 1ª edição, São Paulo, Editora Edipro, 2008, pp. 81 e ss.

<sup>307</sup> CAEIRO, Pedro, 2001, ob. cit. p. 59.

Ademais, a imprescritibilidade nos crimes contra valores essenciais da comunidade internacional não suscita um problema de absoluta incompatibilidade com o princípio da necessidade da pena, em razões derivadas da especial natureza e funções de incriminação daqueles fatos. Seja como for, “a imprescritibilidade bem como, por exemplo, uma inibição no direito de amnistiar os crimes em questão pelo Estado Português implicam uma adaptação da soberania (...)”<sup>308</sup>. A imprescritibilidade é uma tradição portuguesa, mas não é uma garantia constitucional, entende Jorge Miranda<sup>309</sup>.

Por ultimo, José de Faria Costa entende que não há direito adquirido ao regime da prescritibilidade da pena (entendimento em consonância ao Estatuto de Roma), isto porque não é só a conduta que é punida com determinada pena através do princípio da legalidade, mas entende que este crime pode ser perseguido sem qualquer limite temporal, através do princípio da legalidade da perseguição penal. Por isso, o delinquente não tem direito que o procedimento criminal de sua conduta seja prescritível ou não, pois qualquer cidadão não tem qualquer direito a um determinado prazo prescricional para um determinado comportamento<sup>310</sup>.

O mesmo autor defende a imprescritibilidade, em razão de que os ordenamentos jurídicos e os sistemas jurídicos já não funcionam com todos os mecanismos que deveriam possuir para funcionar, o que não aconteceria se todos os crimes fossem imprescritíveis. E conclui que o princípio da proporcionalidade utilizado para atribuir a imprescritibilidade em determinados crimes é um “princípio densificador e concretizador do valor matricial que a paz social assume enquanto seguimento fundante da própria idéia da prescritibilidade”<sup>311</sup>. Razões que demonstram inexistir incompatibilidade.

No que tange o ordenamento jurídico brasileiro, a vedação da imprescritibilidade não é absoluta, visto que a Constituição Brasileira prevê que são imprescritíveis os crimes de racismo (art. 5º, XLII; Lei n. 7.716, de 5 de Janeiro de 1989, com alterações da Lei n. 9.459, de 15 de Maio de 1997) e os referentes à ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV). O que demonstra não haver

<sup>308</sup> PALMA, Maria Fernanda, 2001, ob. cit. p. 36.

<sup>309</sup> MIRANDA, Jorge. Texto produzido pelo autor baseado na conferência proferida no Seminário Internacional “O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira” promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em 29 de Setembro de 1999, no auditório do Superior Tribunal de Justiça, em Brasília, DF, Brasil. Revista Centro de Estudos Judiciários, n. 11, Agosto/2000, p. 19-30.

<sup>310</sup> COSTA, José de Faria. *O Direito Penal e o Tempo (Algumas reflexões dentro do nosso tempo e em redor da prescrição)*, Boletim da Faculdade de Direito, Volume Comemorativo, Universidade de Coimbra, 2003, pp. 1154-1155.

<sup>311</sup> COSTA, José de Faria, 2007, ob. cit. pp. 1158-1159.

incompatibilidade com a CRB e que exige a tipificação por lei interna dos crimes do Estatuto e a sua respectiva imprescritibilidade.

Em Portugal, a Lei n.º 31/2004 de 22 de Julho, que adapta a legislação penal portuguesa ao Estatuto do Tribunal Penal Internacional, tipifica as condutas que constituem crimes de violação de Direito Internacional Humanitário e alteração ao Código Penal, estabelecendo no artigo 7.º que o procedimento criminal e as penas impostas pelos crimes de genocídio, contra a humanidade e de guerra são imprescritíveis. Demonstra, pois, inexistir óbices à efetivação do instituto da entrega.

Por fim, o juízo de proporcionalidade analisa não só os elementos da infração *in casu*, assim como os valores, mínimos e máximos no que se refere às outras infrações<sup>312</sup>. Dessa forma, diante da necessidade de um lapso temporal estendido para a apuração e repressão da criminalidade internacional e da relevância dos valores envolvidos nos crimes contra a humanidade, crimes de genocídio e crimes de guerra – a proporcionalidade remete a um juízo de prevalência, preponderância de um valor em detrimento de outro, semelhante à ponderação de bens - pode-se entender pela adoção da imprescritibilidade destes crimes previstos no Estatuto de Roma.

## 2.7 A ponderação de bens: prevalência da norma mais favorável à vítima – a Humanidade

Em sede de direitos humanos e direitos fundamentais, o critério orientador à aplicação normativa deve ser sempre o da norma mais favorável à vítima. Assim, Flávia Piovesan entende que na hipótese de conflito entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o direito interno, adota-se a prevalência da norma mais favorável à vítima, a que a melhor proteja em cada caso, isto é, os direitos da pessoa humana<sup>313</sup>.

Nesse sentido, a ratificação do Estatuto de Roma possibilita que o Estado Português represente a comunidade internacional tanto na jurisdição interna como na jurisdição do Tribunal Penal Internacional. A pena de prisão perpétua com obrigatoriedade de revisão a nacionais ou

---

<sup>312</sup> COSTA, José de Faria, 2007, ob. cit. p. 58.

<sup>313</sup> PIOVESAN, Flávia, 2006, ob. cit. pp. 99-100.

estrangeiros não é suficiente, numa perspectiva de ponderação de valores e interesses<sup>314</sup> para impedir a cooperação de Portugal e, porque não, do Brasil ao Tribunal<sup>315</sup>.

Gomes Canotilho entende que no caso de conflito e concorrência de bens constitucionais, o legislador poderá estabelecer a hierarquia de valores e interesses e uma intensidade de preferências, conducente à referida otimização constitucional<sup>316</sup>. Também, Luis Roberto Barroso define que a ponderação de bens é a técnica pela qual se procura estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos. Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição<sup>317</sup>.

Dessa forma, diante do exposto e das aparentes inconstitucionalidades pela inserção do instituto da entrega no ordenamento jurídico português e brasileiro, outra solução para tal fato é a relativização das normas proibitivas da extradição e possibilidade de efetivação da entrega por haver interesses e valores de maior intensidade, quais sejam, o da cooperação internacional, o do combate a criminalidade internacional, o de respeito aos Direitos Humanos e o de proteção à vítima e à Humanidade, em detrimento da proteção dos criminosos por critérios de nacionalidade ou de imunidades, por exemplo, que só inviabilizam a repressão e punição dos crimes previstos no Estatuto.

Portanto, no conflito de regras internacionais e internas, em matéria de direitos humanos, firma-se a prevalência da regra mais favorável à dignidade humana dos sujeitos de direito, seja vítima, seja o violador da norma. Nos crimes previstos no Estatuto de Roma, a vítima é a humanidade, ou seja, o interesse da humanidade sobreleva o interesse da pessoa eventualmente indiciada ou processada<sup>318</sup>.

A ponderação das normas pode ser exemplificada pela orientação do Supremo Tribunal Federal no sentido de que um adequado tratamento da extradição reclama um justo equilíbrio

<sup>314</sup> Sobre a ponderação de valores e interesses ver ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5ª edição, Tradução Virgílio Afonso da Silva, São Paulo, Editora Malheiros, 2008.

<sup>315</sup> PALMA, Maria Fernanda, 2001, ob. cit. p. 33.

<sup>316</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. 2ª editora, Coimbra, Editora Coimbra, 2001, p. 199.

<sup>317</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro*. Apud D'ANGELO, Walter Gomes. *Direitos Fundamentais e Ponderação de interesses públicos versus interesses privados*. Disponível em <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Walter%20Gomes%20DAngelo.pdf>. Acesso em 20 de Março de 2009.

<sup>318</sup> COMPARATO, Fábio Konder, 2004, ob. cit. p. 467.

entre a necessidade de cooperação internacional em matéria penal e a preservação dos vetores básicos da ordem constitucional no caso de extradição quando previsto pena de caráter perpétuo, perfeitamente aplicável ao instituto da entrega<sup>319</sup>. Por último, Bröhmer, nas palavras de Kai Ambos sobre a irrelevância das imunidades pessoais para o Tribunal Penal Internacional afirma que “la necesaria ponderación de intereses entre la protección individual y soberanía colectiva debe conducir a la limitación de la inmunidad estatal”, ou seja, a imunidade pessoal.<sup>320</sup>

### 3. Aplicabilidade do Estatuto de Roma

Os Estados Parte que ratificaram o Estatuto de Roma devem primeiramente introduzir normas que protejam a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, conforme o art. 70º do Diploma e o regime processual de cooperação<sup>321</sup>. No caso de Portugal e do Brasil, pode-se adotar literalmente os art. 5º e seguintes do Estatuto ou pode-se alterar a Parte Especial dos Códigos Penais ou, em último caso, aprovar uma lei especial destinada à implementação do Estatuto. Contudo, primeiramente foi efetuada a inserção do Estatuto na Constituição brasileira através da Emenda Constitucional nº45/2004 que instituiu o §4º no artigo 5º e na portuguesa, através da Revisão Extraordinária de 2001. Entretanto, ainda se verifica a necessidade de regulamentação interna do instituto da entrega previsto no Estatuto.

#### 3.1 A Revisão Extraordinária de 2001 no ordenamento jurídico português e Lei n.º 31/2004 de 22 de Julho

Desde a ratificação do Estatuto pelo Estado Português, se verificou a necessidade de uma revisão constitucional que explicitasse uma interpretação da Constituição através do qual “os princípios de direito internacional penal se recortem na sua especificidade dos princípios do direito penal interno, nos casos em que os alterem e em que a soberania punitiva do Estado

<sup>319</sup> BECHARA, Fábio Ramazzini, 2009, ob. cit. p. 478.

<sup>320</sup> AMBOS, Kai., 1999, ob. cit. p. 326.

<sup>321</sup> AMBOS, Kai, 2003, ob. cit. p. 28.

português se equacione, no plano internacional, como representação da comunidade internacional.”<sup>322</sup>

Assim, em análise a cooperação internacional e as obrigações decorrentes da ratificação do Estatuto de Roma como a entrega de uma pessoa ao Tribunal Penal Internacional, a 5ª Revisão Constitucional ao aditar o nº 7 ao artigo 7º da Constituição Portuguesa, consagrou a cláusula geral de aceitação do Tribunal Penal Internacional.

Segundo Jorge Miranda e Rui Medeiros, esta revisão não é uma “constitucionalização do Estatuto”, mas sim uma recepção formal idêntica ao que ocorre com as convenções internacionais em harmonia com o artigo 8º, nº 2 da Constituição Portuguesa<sup>323</sup>. Se houve a aprovação, a ratificação e a recepção formal do Estatuto de Roma e, conseqüentemente, a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, prevendo o instituto da entrega, tem-se a sua constitucionalização, carecendo apenas de regulamentação do procedimento pelo legislador.

Por seu turno, Gomes Canotilho e Vital Moreira afirmam que a revisão é uma remissão global ao Estatuto “que implica a constitucionalização de todas as soluções consagradas neste estatuto, embora discrepantes ou divergentes com as normas da C.R.P.”<sup>324</sup>. Porém, os problemas de incompatibilidades não serão resolvidos somente com a existência do nº 7 do artigo 7º, mas demonstra sua aceitação pelo Poder Constituinte Originário e pelo Estado Português soberano, não persistindo a idéia de *inconstitucionalidade intrínseca*, mencionada anteriormente.

Não existe no ordenamento jurídico interno português uma legislação que regule o procedimento de entrega, apesar de aceite o Estatuto de Roma pelo Estado Português. Entretanto, nota-se que a Lei de Cooperação Judiciária contém referências a diversas modalidades de cooperação com entidades judiciárias internacionais, nomeadamente o artigo 31º, nº 5, que dispõe que se deve aplicar o pedido de entrega formulado pelo Tribunal Penal Internacional com “devidas adaptações”, e o artigo 21º que prevê a intervenção do Executivo nos casos de cooperação internacional, perfeitamente aplicáveis, com as devidas adaptações, à entrega.

Não obstante, o que se verifica é apenas a necessidade de regulamentação do instituto em si e sua adequação ao ordenamento jurídico interno, ou seja, a necessidade de “inclusão no direito penal interno de um conjunto de normas do Estatuto, que permitam a aplicação pelos tribunais

<sup>322</sup> PALMA, Maria Fernanda, 2001, ob. cit. pp.36 e ss; CAEIRO, Pedro, 2004, ob. cit. pp. 115 e ss; CUNHA, Joaquim Moreira da Silva; PEREIRA, Maria da Assunção do Vale, 2004, ob. cit. pp. 500-501.

<sup>323</sup> MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui. *Constituição da República Portuguesa Anotada – Tomo I, Art. 1º a 79º*. Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 84.

<sup>324</sup> CANOTILHO, Gomes e MOREIRA, Vital, 2007, ob. cit. pp. 248 e ss.



portugueses do direito penal internacional, de modo que garanta a inevitabilidade efectiva de uma actuação complementar da jurisdição do Tribunal Penal Internacional”<sup>325</sup>. Pedro Caeiro também relata sobre a necessidade de intervenção do legislador diante da insuficiência e, em alguns casos, de inadequação do direito interno português para responder aos pedidos de entrega formulados pelo Tribunal e sugere a inclusão de normas especiais na Lei de Cooperação Judiciária ou a edição de um diploma específico sobre o assunto<sup>326</sup>.

Somente em 2004 foi aprovada a Lei n.º 31/2004 de 22 de Julho que adapta a legislação penal portuguesa ao Estatuto do Tribunal Penal Internacional, tipificando as condutas que constituem crimes de violação do Direito Internacional Humanitário e faz alterações ao Código Penal. Contudo, apenas realiza modificações no art. 5º e 246º do Código Penal e revoga os artigos 236.º, 238.º, 239.º, 241.º e 242.º e define os crimes de genocídio e crimes contra a humanidade e que configurem violação ao Direito Internacional Humanitário e infrações conexas.

Atualmente, nenhum pedido de entrega foi realizado ao Estado Português. Contudo, até que seja adaptado formalmente, o instituto da entrega pode ser aplicado através da interpretação da Lei de Cooperação Judiciária, com as devidas adaptações, com base no caso concreto, ou através do procedimento do Mandado de Detenção e entrega Europeu ou a aplicação do mesmo procedimento previsto para a extradição por intermédio do controle do Poder executivo e do judiciário.

Na verdade, a regulamentação por lei interna do procedimento de entrega, devidamente aprovada e ratificada em conformidade com a Constituição Portuguesa é a melhor solução para viabilizar o procedimento junto ao Tribunal Penal Internacional, sem que haja mais entraves jurídicos, em respeito ao dever de cooperação que obriga o Estado a decidir qual o modo mais adequado para realização da entrega, em consonância com o artigo 7º, n.7º da Constituição Portuguesa.

Nesse sentido, Vital Moreira conclui: “Importa aprovar uma lei de cooperação específica com o Tribunal Penal Internacional, paralela à lei de cooperação com os tribunais internacionais *ad hoc*, respondendo às questões que não encontram resposta adequada na lei de cooperação

<sup>325</sup> PALMA, Maria Fernanda, 2001, ob. cit. p.37.

<sup>326</sup> CAEIRO, Pedro, 2004, ob. cit. pp. 121-122.

judiciária internacional.”<sup>327</sup>. Por sua vez, Jorge Miranda observa: “Julgo que quase todos esses problemas podem ser ultrapassados, alguns nem tem grande importância”<sup>328</sup>.

3.2 A Emenda Constitucional nº45/2004 que instituiu o §4º no artigo 5º da Constituição Federal Brasileira de 1988, o Anteprojeto de Lei de Cooperação Jurídica Internacional de Abril de 2004 e o Anteprojeto de Lei PL n. 4.038/2008

A partir do dia 8 de Dezembro de 2004, em virtude da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45, o Brasil passou a reconhecer formalmente a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, por meio do §4º acrescentado ao artigo 5º da Constituição, dispondo “O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.”. Deste modo, a Constituição brasileira encontra-se perfeitamente apta para operar com o Direito Internacional e com o sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos<sup>329</sup>.

A partir da ratificação do Estatuto de Roma e da inserção na Constituição, o Brasil como Estado Parte deverá cooperar com o Tribunal no inquérito e no procedimento criminal dos crimes de sua competência, assegurando, através do direito interno, procedimentos que permitam responder a todas as formas de cooperação especificadas no Estatuto, conforme o artigo 86º do diploma.

Importa ressaltar que em 18 de Abril de 2004 se iniciou a primeira reunião da Comissão para a Elaboração do Anteprojeto de Lei para Cooperação Jurídica Internacional, instituída pelo Ministério da Justiça para a criação de lei no combate a criminalidade organizada transnacional e na efetividade das decisões civis internacionais, nomeadamente para repressão dos crimes de “lavagem de dinheiro” e de “colarinho branco”<sup>330</sup>.

Após a ratificação do Estatuto de Roma, o primeiro Grupo de Trabalho instalado pelo Ministério da Justiça apresentou um Anteprojeto para regulamentação deste diploma, tais em

<sup>327</sup> MOREIRA, Vital, 2004, ob. cit. p. 33; CAEIRO, Pedro, 2004, ob. cit. pp. 82 e ss.

<sup>328</sup> MIRANDA, Jorge. Texto produzido pelo autor baseado na conferência proferida no Seminário Internacional “O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira” promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em 29 de Setembro de 1999, no auditório do Superior Tribunal de Justiça, em Brasília, DF, Brasil. Revista Centro de Estudos Judiciários, n. 11, Agosto/2000, p. 19-30.

<sup>329</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, 2008, ob. cit. p. 624.

<sup>330</sup> Anteprojeto de Lei para Cooperação Jurídica Internacional. Disponível em <http://www.uff.br/direito/artigos/anteprojetoidelei.pdf>. Acesso dia 18 de Fevereiro de 2010.

razão de mudanças sugeridas pela Casa Civil, a Secretaria Especial de Direitos Humanos nomeou novo Grupo, em Maio de 2004, que ainda não concluiu os trabalhos<sup>331</sup>.

Este Anteprojeto – tramita atualmente na Câmara dos Deputados como PL n. 4.038/2008 - define os crimes de genocídio<sup>332</sup>, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, dispondo sobre a cooperação judiciária internacional. Estabelece no seu artigo 98º que a cooperação da República Federativa do Brasil com o Tribunal Penal Internacional envolverá a prisão e entrega de pessoas, prisão preventiva e outras formas de limitação da liberdade e outras formas de cooperação, a exemplo de identificação e localização de pessoas ou de coisas, tomada de depoimentos, realização de perícias, exames e inspeções, transferência provisória de pessoas detidas, dentre outras formas de cooperação.

No que tange aos pontos de incompatibilidade explicitados nesse trabalho, o Anteprojeto prevê que o exercício de cargo ou função oficial, civil ou militar, não eximirá o agente da responsabilidade penal, nem será motivo de redução de pena, conforme o disposto no artigo 9º do diploma. Dispõe no artigo 17º que os crimes de que trata a lei, quais sejam os previstos no Estatuto de Roma, não serão considerados crimes políticos ou comuns por motivação política para efeitos de extradição e entrega.

Também no artigo 118º prevê a entrega de nacionais brasileiros à jurisdição do Tribunal Penal Internacional e no art. 119º se dispõe sobre a sua prevalência em detrimento da extradição, no caso de pedidos concorrentes entre o Tribunal e outro Estado, nos termos do artigo 90º do Estatuto. Estes dispositivos se aprovados pelo Congresso Nacional, inicialmente não iriam esgotar as discussões sobre o tema, contudo a aplicabilidade do Estatuto de Roma no ordenamento jurídico interno brasileiro seria mais eficaz.

Diante do exposto, entende-se que não há incompatibilidade entre o instituto da entrega e a Constituição, em razão da recepção formal estabelecida no artigo 5º §4º da CRB que das formas de interpretação mencionadas anteriormente. Ademais, a existência e os objetivos traçados neste Anteprojeto reafirmam a necessidade de o Brasil participar da repressão e punição da criminalidade internacional.

---

<sup>331</sup> MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Implementação do Estatuto de Roma na América Latina*. Artigo republicado, mediante autorização, do Boletim IBCCRIM n° 152 de julho de 2005. Disponível em: <http://www.aidpbrasil.org.br/Implementa%C3%A7%C3%A3o%20do%20Estatuto%20de%20Roma%20na%20Am%C3%A9rica%20Latina.pdf>. Acesso em 04 de Fevereiro de 2010.

<sup>332</sup> Importante mencionar que o crime de genocídio já está tipificado na Lei nº 2.889, de 1º de Outubro de 1956.

As opiniões em torno da entrega refletem sua importância à comunidade jurídica, principalmente diante do primeiro pedido de entrega formulado pelo Tribunal Penal Internacional ao Brasil, através da petição nº 4625, o qual pretende que o governo brasileiro prenda e entregue atual presidente da República do Sudão, Omar Al Bashir, caso este ingresse em território brasileiro. A decisão proferida no dia 17 de Julho de 2009, quando o ministro Celso de Mello substituíu o presidente e o vice-presidente do Supremo Tribunal Federal, expressa a necessidade de discussão do tema.

## Capítulo IV. Os primeiros casos do Tribunal Penal Internacional

### 1. Casos ocorridos na República Democrática do Congo e na República Central Africana

Um dos primeiros casos ainda em curso no Tribunal Penal Internacional é o de Thomas Lubanga Dyilo, ex-líder de um movimento rebelde da República Democrática do Congo, a União de Patriotas Congolese (UPC)<sup>333</sup>. A Câmara Preliminar concluiu que Lubanga fomentou disputas por recursos naturais na região de Ituri no ano de 1999, assim como estimulou conflitos armados na região de Julho de 2002 a Dezembro de 2003, envolvendo grupos armados de diferentes Estados vizinhos.

Lubanga é acusado de crimes de guerra por recrutar crianças com idade inferior a 15 anos como soldados para seu exército na República Democrática do Congo, no período de Setembro de 2002 a Junho de 2003 e, posteriormente de 2 de Junho de 2003 a 13 de Agosto de 2003. Dessa forma, incorreu no crime de guerra previsto no artigo 8º, n. 2, b, XXVI, do Estatuto de Roma, que estabelece outras violações graves das leis e costumes aplicáveis em conflitos armados internacionais no quadro do direito internacional, tais como recrutar ou alistar menores de 15 anos nas forças armadas nacionais ou utilizá-los para participar ativamente nas hostilidades.

Incidu ainda no crime previsto no artigo 8º, n. 2, “e”, VII do Estatuto de Roma. Atualmente Lubanga se encontra no Centro de Detenção do Tribunal Penal Internacional em Haia, na Holanda. Após 74 dias de investigação, foi concluída pela Câmara Preliminar a aceitação do caso em 14 de Julho de 2009, sendo posteriormente encaminhado para julgamento.

Outro caso em andamento no Tribunal Penal Internacional relacionado a crimes cometidos na República Democrática do Congo é o de Germain Katanga e Mathieu Ngudjolo Chui<sup>334</sup>, congoleses, ambos acusados de ter cometido três crimes contra a humanidade e sete crimes de guerra no contexto de conflitos armados em Ituri perpetrados no território de Djugu e na cidade de Mongbwalu. Primeiramente, ambos incidiram no artigo 25º, n. 3 do Estatuto de Roma que estabelece a responsabilidade criminal no sentido de que será considerado criminalmente responsável e poderá ser punido pela prática de um crime da competência do

<sup>333</sup> Analisar o *Case Information Sheet - Situation in the Democratic Republic of the Congo The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo Case nº ICC-01/04-01/06*, em anexo.

<sup>334</sup> Analisar o *Case Information Sheet - Situation in the Democratic Republic of the Congo The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui Case nº ICC-01/04-01/07*, em anexo.

Tribunal quem cometer crime previsto no Estatuto individualmente ou em conjunto ou por intermédio de outrem, quer essa pessoa seja ou não criminalmente responsável.

Katanga e Chui incidiram nos crimes do artigo 7º, n.1, “a” e “g” do Estatuto que prevê crimes contra a humanidade, nomeadamente, os crimes de homicídio e o de violação, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez à força, esterilização à força ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável. E em sete crimes de guerra, tais como recrutar ou alistar menores de 15 anos nas forças armadas nacionais ou utilizá-los para participar ativamente nas hostilidades, atacar intencionalmente a população civil em geral ou civis que não participem diretamente nas hostilidades e ainda referentes às violações graves às Convenções de Genebra, de 12 de Agosto de 1949.

Foram ainda acusados de homicídio doloso, de atacar intencionalmente a população civil em geral ou civis que não participaram diretamente nas hostilidades na região, de saquearem a região, quando foi tomada de assalto, e por destruir ou apreender bens de comunidades tidas inimigas. Assim, em respeito à estimativa de trezentos e cinquenta e nove vítimas, ambos se encontram no Centro de detenção da Corte em Haia e aguardam julgamento.

Outro caso importante foi o ocorrido na República Central Africana em razão dos crimes cometidos por Jeau-Pierre Bemba Gombo<sup>335</sup>, um dos quatro vice-presidentes no governo da República Democrática do Congo de 17 Julho 2003 a Dezembro 2006, político que conduzia o movimento para o Libertação do Congo (MLC). Foi preso aos arredores de Bruxelas em 24 Maio 2008, com base no pedido de detenção emitido pela Corte, acusado de dois crimes contra a humanidade e três crimes de guerra.

Gombo foi acusado por ter cometido entre os anos de 2002 e 2003 crimes de homicídio, de violação, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez à força, esterilização à força, a atos de violência contra a vida e contra as pessoas na região central africana, além de saques durante o comando do movimento de libertação da República Democrática do Congo. Em 20 de Outubro de 2009, a Câmara Preliminar III ordenou o pagamento do montante de mais de trinta mil euros e a reparação das despesas da Corte.

---

<sup>335</sup> Analisar o *Case Information Sheet - Situation in the Central African Republic The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo Case nº ICC-01/05-01/08*, em anexo.

## 2. Casos ocorridos na Região do Darfur: Primeiro pedido de detenção e entrega do Presidente do Sudão, Omar al-Bashir, do Tribunal Penal Internacional ao Governo Brasileiro

O conflito de Darfur iniciado oficialmente, em Fevereiro de 2003, com o ataque de grupos darfurianos a postos do governo sudanês na região, em razão do abandono e do descaso do governo de Cartum, eminentemente árabe. Atualmente, o conflito armado na região de Darfur, no oeste do Sudão, ocorre entre os janjaweed - milicianos recrutados entre os baggara, tribos nômades africanas de língua árabe e religião muçulmana - e os povos não-árabes da área. O governo sudanês apóia os janjawid fornecendo armas e assistência, participando de ataques conjuntos ao grupo miliciano.

As mortes causadas pelo conflito são estimadas entre 50 000 e 450 000<sup>336</sup>. Os meios de comunicação descrevem o conflito como um caso de "limpeza étnica" e de "genocídio". Algumas propostas de intervenção militar internacional sugerida pela ONU não foram aprovadas por veto deste país. Assim, no ano de 2006, o Conselho de Segurança da ONU aprovou a Resolução nº 1706, de 31 de Agosto de 2006, que prevê o envio de uma nova força de manutenção da paz. O Sudão, porém, opôs-se à Resolução e lançou uma grande ofensiva militar na região.

Atualmente trata-se de um conflito étnico-cultural, iniciado por motivos políticos, com contornos raciais incentivado por forças militares e impulsionado por interesses econômicos com o fortalecimento das relações comerciais com outros países.

Em decorrência destes conflitos, três principais casos estão em curso no Tribunal Penal Internacional, como o de Ahmad Muhammad Harun “Ahmad Harun” e Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman “Ali Kushayb”<sup>337</sup>. O primeiro era Ministro de Estado do governo do Sudão nos anos de 2003 a 2005, acusado de ter recrutado, financiado e armado a milícia de Janjaweed, e de ataques às populações civis por meio de forças sob seu comando, acusado ainda de alvejar cidades de Kodoom, de Bindisi, de Mukjar, de Arawala e de áreas circunvizinhas durante os anos de 2003 e 2004 e de a milícia matar, violar, e torturar civis. Foi ainda acusado de exercer pressão sobre pessoas deslocadas para deixar acampamentos do deslocamento, colocando mulheres e crianças em risco, incidindo em vinte crimes contra a humanidade e vinte e dois crimes de guerra.

<sup>336</sup> Dados do ano de 2004 da Organização Mundial da Saúde de Setembro de 2004. Disponível em: <http://www.who.int/en/>. Acesso em 08 de Fevereiro de 2010.

<sup>337</sup> Analisar o *Case Information Sheet - Situation in the Darfur, Sudan The Prosecutor v. Ahmad Muhammad Harun “Ahmad Harun” e Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman “Ali Kushayb” Case nº ICC-01/05-01/08*, em anexo.

Ali Kushayb foi acusado por mais de quinhentos assassinatos, vinte estupros e deslocamento forçado de 41.000 pessoas, através de milícias sob o seu comando, que praticavam incêndios, torturas e mortes. Foi também acusado de participar pessoalmente em ataques contra civis nas cidades de Kodoom, Bindisi, Mukjar e Arawala e áreas adjacentes entre Agosto de 2003 e Março de 2004. Alegou que apenas estava trabalhando para Ahmed Haroun. Tendo sido acusado por vinte e dois crimes contra humanidade e vinte e oito crimes de guerra. Em 27 de Abril de 2007 foi emitido mandado de prisão contra os dois líderes, porém a detenção e entrega ao Tribunal Penal Internacional ainda não foi realizada.

Outro acusado pelo Tribunal Penal Internacional no cometimento de crimes de guerra foi Bahar Idriss Abu Garda<sup>338</sup>, Presidente e Coordenador Geral de Operações Militares da Resistência Frente Unida, incidindo nos crimes de violência à vida na forma de assassinato, cometido ou tentado, conforme o disposto no artigo 8º, n. 2, “c”, I do Estatuto, por ter dirigido intencionalmente ataques contra pessoas, instalações, materiais, unidades ou veículos envolvidos em uma missão de paz, e n. 2 “e” III e no n. 2, “e”, V do diploma. Voluntariamente se apresentou ao Tribunal Penal Internacional no dia 18 de Maio de 2009 e sua primeira oitiva foi marcada para o dia 19 ao dia 29 de Outubro de 2009.

Por último, o caso de maior relevância para esta tese envolve o atual presidente sudanês, Omar Hassan Ahmad Al Bashir, “Omar Al Bashir”<sup>339</sup>. No ano de 2005, o Conselho de Segurança da ONU enviou ao Tribunal Penal Internacional a situação de violação de direitos humanos na região do Darfur (Sudão), que deu ensejo à abertura de investigação contra o mesmo. Diante da apuração dos fatos, no dia 4 de Março de 2009, o Tribunal expediu um mandado de

---

<sup>338</sup> Analisar o *Case Information Sheet - Situation in the Darfur, Sudan The Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda Case nº ICC-02/05-02/09*, em anexo.

<sup>339</sup> Disponível em: <http://crimejusticaeguerras.wordpress.com/2009/03/05/tpi-emite-mandado-de-detencao-para-o-presidente-do-sudao/>. Acesso em 5 de Fevereiro de 2010. Analisar o *Case Information Sheet - Situation in the Darfur, Sudan The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir “Omar Al Bashir” Case nº ICC-02/05-01/09*, documento em anexo.



prisão contra Omar al-Bashir por crimes de guerra<sup>340</sup> e crimes contra a humanidade<sup>341</sup> nesta região, oeste do país<sup>342</sup>.

O mandado de prisão contra Al Bashir enumera sete acusações com base em sua responsabilidade penal individual nos termos do artigo 25, n.3, alínea “a” do Estatuto como um co-autor incluindo, cinco acusações de crimes contra a humanidade: homicídio, extermínio, transferência forçada, tortura e estupro. Assim como duas acusações de crimes de guerra, quais sejam dirigir intencionalmente ataques contra população civil e pilhagem.

Esta é a primeira vez que a Corte indicia um governante em exercício desde sua criação, em 2002, apesar de não existir mecanismos legais que garantam que o Presidente compareça ao Tribunal Penal Internacional em Haia. Mas não deixa de ser significativo para o pedido de entrega de um chefe de estado em exercício para que seja processado e julgado por um tribunal permanente e imparcial.

Inicialmente, a acusação de crime de genocídio não foi incluída no documento, por ausência de provas suficientes de "intenção específica" da parte do governo sudanês de destruir grupos étnicos em Darfur. Bashir nega as acusações. A ONU estima que cerca de 300 mil pessoas morreram e 2,7 milhões tiveram que abandonar suas casas por causa do conflito na região, que já dura seis anos. O Procurador do Tribunal Penal Internacional, Luis Moreno Ocampo, pediu o indiciamento de Bashir por dez acusações de genocídio, crimes de guerra e contra a humanidade e indicou mais de 30 testemunhas dispostas a depor contra o presidente sudanês.

Em 3 de Fevereiro do ano de 2010 a Câmara de Recursos do Tribunal Penal Internacional anulou a decisão de que os procuradores não tinham fornecido provas suficientes para incriminação de genocídio de Omar Hassan Ahmad al-Bashir<sup>343</sup>. Será então acrescentado o crime de genocídio à lista de acusações contra o Presidente, visto que antes não se podia presumir que

---

<sup>340</sup> Crimes de guerra: homicídio; extermínio; deportação ou transferência forçada de uma população; tortura e; violação, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez à força, esterilização à força ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável.

<sup>341</sup> Crimes contra a humanidade: atacar intencionalmente a população civil em geral ou civis que não participem directamente nas hostilidades e; saquear um aglomerado populacional ou um local, mesmo quando tomado de assalto.

<sup>342</sup> Disponível em: [http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2009/03/090304\\_bashirsudaogd.shtml](http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2009/03/090304_bashirsudaogd.shtml). Acesso em 5 de Fevereiro de 2010.

<sup>343</sup> Disponível em: [http://www.publico.pt/Mundo/tpi-admite-que-o-presidente-do-sudao-venha-a-ser-incriminado-por-genocidio\\_1421085](http://www.publico.pt/Mundo/tpi-admite-que-o-presidente-do-sudao-venha-a-ser-incriminado-por-genocidio_1421085). Acesso em 5 de Fevereiro de 2010.

ele procurava destruir os grupos étnicos fur, masalit e zaghawa, do Darfur, a parte ocidental do Sudão.

Considerando que o Governo do Sudão, apesar de não ter ratificado o Estatuto, é signatário e sendo o país membro das Nações Unidas, tem a obrigação de cooperar com o Tribunal Penal Internacional, em razão da resolução nº 1593 do ano de 2005 do Conselho de Segurança da ONU, sendo obrigado a entregar o seu presidente, caso ele ingresse em seu território ou espaço aéreo. O Tribunal Penal Internacional anunciou que pedirá também a cooperação de todos os membros da ONU não-signatários do Estatuto para a entrega de Omar. Mas países árabes e africanos, inclusive signatários, já anunciaram que não cumprirão a ordem, e países temerosos com a abertura de um precedente jurídico expressaram reservas<sup>344</sup>.

## 2.1 A análise do primeiro pedido de entrega pelo Tribunal Penal Internacional ao Brasil

Diante das investigações dirigidas pelo Procurador Luis Moreno Ocampo, a Câmara Preliminar de Julgamento solicitou ao embaixador brasileiro na Holanda a captura de Al Bashir para que ele seja processado e julgado pelo Tribunal Penal Internacional. O mesmo pedido foi feito a outros países como Uganda e África do Sul. Assim, o Itamaraty e o Ministério da Justiça encaminharam o pedido ao Supremo Tribunal Federal para deliberação, por meio da petição nº 4.625/República do Sudão.

## 2.2 A Decisão do Supremo Tribunal Federal: há inconstitucionalidade?

A petição nº4625 protocolada dia 7 de julho de 2009 foi devidamente encaminhada à Presidência do Supremo Tribunal Federal, conforme o art. 37º, inciso I, combinado com o art. 13º, inciso VIII do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Assim, no despacho publicado em 3 de Agosto de 2009, o Ministro Celso de Mello, em exercício da presidência, relatou sobre a importância na discussão acerca das incompatibilidades do instituto da entrega previsto no Estatuto de Roma.

---

<sup>344</sup> Folha de São Paulo de 04 de Março de 2009. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u529227.shtml>. Acesso em 18 de Março de 2010.

Dentre as questões suscitadas, o Ministro explicitou sobre eventual inconstitucionalidade das regras que dizem respeito principalmente à desconsideração das imunidades e prerrogativas previstas pelo direito interno, à imprescritibilidade dos crimes internacionais, à possibilidade de entrega de nacionais para julgamento perante o Tribunal Penal Internacional, à previsão de prisão perpétua, dentre outras que não foram objeto de discussão deste trabalho e que não foram mencionadas na decisão.

Entretanto, ressaltou que o Estatuto foi formalmente incorporado ao ordenamento positivo interno do Estado brasileiro desde a sua promulgação pelo Decreto nº 4.388, de 25 de Setembro de 2002 e que os Estados devem adotar, “procedimentos aplicáveis a todas as formas de cooperação especificadas” em referido Estatuto. Por isso, mencionou o Projeto de Lei que tramita atualmente na Câmara dos Deputados como PL n. 4.038/2008 - que estabelece os crimes de genocídio, contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, além de instituir normas processuais específicas sobre a cooperação com o Tribunal Penal Internacional<sup>345</sup>.

Este projeto foi resultado de quatro anos de trabalho dos membros do Grupo de Trabalho composto por renomados juristas representantes do Ministério Público Militar, do Ministério das Relações Exteriores, Ministério Público Federal, da Advocacia Geral da União, da Casa Civil, do Senado Federal e do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), que tem como propósito possibilitar o exercício da jurisdição primária pelo Estado brasileiro e viabilizar a cooperação com o Tribunal Penal Internacional.

A decisão relata que o Tribunal Penal Internacional é um organismo judiciário de caráter permanente, investido de jurisdição penal para processar e julgar aqueles que hajam praticado delitos impregnados de extrema gravidade, com repercussão e transcendência internacionais, como são os crimes de genocídio, de guerra, de agressão e contra a humanidade, cuja competência penal – vinculada, materialmente, aos crimes referidos no Artigo 5º do Estatuto – só pode ser legitimamente exercida, considerada a jurisdição doméstica dos Estados nacionais, com estrita observância do postulado da complementaridade (ou da subsidiariedade).

---

<sup>345</sup> Importante ressaltar que o crime de genocídio já está tipificado na Lei nº 2.889, de 01 de outubro de 1956, diferentemente dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade que ainda não estão previstos em nossa legislação e demandam regulamentação legal.

O princípio da complementaridade foi explicitado através do entendimento de Flávia Piovesan<sup>346</sup> para quem o Tribunal Penal Internacional constitui um aparato complementar às cortes nacionais, tendo o objetivo de assegurar o fim da impunidade para os mais graves crimes internacionais, quando as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas na realização da justiça.

Acrescenta que a responsabilidade primária é do Estado com relação ao julgamento de violações de direitos humanos e da comunidade internacional é a responsabilidade subsidiária. E conclui,

“(...) a jurisdição do Tribunal Internacional é adicional e complementar à do Estado, ficando, pois, condicionada à incapacidade ou à omissão do sistema judicial interno. O Estado tem, assim, o dever de exercer sua jurisdição penal contra os responsáveis por crimes internacionais, tendo a comunidade internacional a responsabilidade subsidiária. Como enuncia o art. 1º do Estatuto de Roma, a jurisdição do Tribunal é adicional e complementar à do Estado, ficando condicionada à incapacidade ou à omissão do sistema judicial interno. Dessa forma, o Estatuto busca equacionar a garantia do direito à justiça, o fim da impunidade e a soberania do Estado, à luz do princípio da complementaridade e do princípio da cooperação.”

Diante do pedido de entrega de um Chefe de Estado, como o Presidente do Sudão, em pleno exercício de suas funções, tornou-se relevante a discussão do disposto no artigo 27º do Estatuto que estabelece a irrelevância das imunidades diplomáticas e que estas não servem de causa excludente da responsabilidade penal do agente, muito menos como fator que legitima a redução da pena dos crimes tipificados no diploma. Contudo, a decisão menciona que a dimensão relativa à noção de soberania do Estado relacionada com as imunidades justifica a referida cláusula convencional, a partir da prevalência dos direitos humanos, positivada no artigo 4º, inciso II, da Constituição Federal Brasileira.

Nesta linha, Carlos Eduardo Adriano Japiassú<sup>347</sup> dispõe que de maneira geral os crimes previstos no Estatuto são cometidos por indivíduos que exercem determinada função estatal, e o dispositivo evita que estes se utilizem dos privilégios e das imunidades de maneira que impeça a responsabilização em face dos crimes internacionais. Conclui que o princípio da prevalência dos direitos humanos permite que haja restrições (irrelevância) às imunidades em casos de violações

<sup>346</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 9ª edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2008, pp. 223-224.

<sup>347</sup> JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Direito Penal Internacional*, São Paulo, Editora Del Rey, 2009, pp. 115-116.

a direitos humanos, não havendo incompatibilidade entre o artigo 27º do Estatuto e a Constituição brasileira.

O Ministro discorre ainda sobre as diferenças entre a extradição e o instituto da entrega (“surrender”/“remise”), através do próprio artigo 102º do Estatuto de Roma. Isto porque a extradição somente pode ter por autor um Estado soberano, e não organismos internacionais, ainda que revestidos de personalidade jurídica de Direito Internacional Público, como o Tribunal Penal Internacional. Ademais, explicita que “o processo de extradição faz instaurar uma relação de caráter necessariamente intergovernamental, o que afasta a possibilidade de terceiros, desvestidos de estatalidade formularem pleitos de natureza extradicional.”<sup>348</sup>.

O pedido de entrega, no entender de Celso de Mello, está fundado na identificação do sujeito de Direito Internacional Público legitimado para requerer extradição (apenas Estados soberanos) ou para solicitar, com apoio no Estatuto de Roma, a entrega ou “surrender” (somente o Tribunal Penal Internacional). Ambos encontram suporte no próprio Estatuto de Roma, através do artigo 102º, alíneas “a” e “b”, e na doutrina de André de Carvalho Ramos, Carlos Eduardo Japiassú e Valerio de Oliveira Mazzuoli – juristas citados no decorrer deste trabalho – que entendem a entrega de uma pessoa, qualquer que seja a sua nacionalidade e em qualquer lugar que esteja, ao Tribunal Penal Internacional como um instituto jurídico *sui generis* nas relações internacionais contemporâneas, distinto do instituto da extradição.

Menciona ainda o entendimento do jurista Pedro Caeiro para quem a entrega é uma forma autônoma de cooperação judiciária internacional, ao discorrer sobre o instituto da “entrega” em face das limitações constitucionais que, em Portugal (tanto quanto no Brasil), são impostas à extradição<sup>349</sup>. Além de relatar na decisão que Portugal convive com igual controvérsia,

<sup>348</sup> Jurisprudência neste sentido: RTJ 99/1003, Relator Ministro Leitão de Abreu; Extradição 313/Argentina, Relator Ministro Luiz Gallotti; PPE 607/República Italiana, Rel. Min. Celso de Mello; RTJ 64/22, Rel. Min. Bilac Pinto; RTJ 184/674, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Pleno; Ext 955-Tutela Antecipada/DF, Rel. Min. Celso de Mello. Assim como a doutrina de Carolina Cardoso Guimarães Lisboa. *A Relação Extradicional no Direito Brasileiro*, item n. 2.2.1, São Paulo, Editora Del Rey, 2001, pp. 130-131; Alexandre de Moraes. *Constituição do Brasil Interpretada*, item n. 5.91, 7ª edição, São Paulo, Editora Atlas, 2007, p. 299; Uadi Lammêgo Bulos. *Constituição Federal Anotada*, 7ª edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2007, p. 277; Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. *A Extradição no Direito Internacional e no Direito Brasileiro*, item n. 4, 3ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981, p. 136; Yussef Said Cahali. *Estatuto do Estrangeiro*, item n. 27, São Paulo, Editora Saraiva, 1983, p. 363; Álvaro Mayrink da Costa. *Direito Penal – Parte Geral*, volume 1, item n. 6, 7ª edição, São Paulo, Editora Forense, 2005, pp. 514-515 e Francisco Rezek. *Direito Internacional Público – Curso Elementar*, item n. 117, 10ª edição, 3ª tiragem, São Paulo, Editora Saraiva, 2007, p. 197.

<sup>349</sup> CAEIRO, Pedro. *O procedimento de entrega previsto no Estatuto de Roma e a sua incorporação no Direito Português in O Tribunal Penal Internacional e a Ordem Jurídica Portuguesa*, 2004, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 69-157.

informando que a Assembleia da República, através da Revisão Extraordinária de 2001, adotou a “uma cláusula de remissão global para o Estatuto de Roma”, ao indicar que “o programa normativo de vários preceitos da Constituição passa a ter de comportar, implicitamente, as exceções decorrentes do Tribunal Penal Internacional”<sup>350</sup>.

No que diz respeito à entrega do Presidente do Sudão, afirma-se que o fato de a pessoa reclamada ostentar, presentemente, a condição institucional de Chefe de Governo e de Chefe de um Estado soberano não constituiria, na perspectiva do Estatuto de Roma, obstáculo à execução, pelo Governo do Brasil a sua detenção e ulterior entrega ao Tribunal Penal Internacional, desde que essa pessoa esteja ou venha a ingressar em território brasileiro.

Na decisão ressaltou a necessidade de discussão do tema, exemplificando que as dificuldades surgidas no Brasil e em Portugal também se encontram presentes nos países como a França, a Bélgica e a Alemanha, em que se registraram situações de incompatibilidade entre o Estatuto de Roma e as respectivas Constituições nacionais, como esclarecem Ana Lúcia Sabadell e Dimitri Dimoulis<sup>351</sup>. A Alemanha, por exemplo, optou pelo caminho da reforma constitucional antes que houvesse manifestação do poder judiciário no sentido da incompatibilidade constitucional, onde a vedação absoluta da extradição de pessoas de nacionalidade alemã foi flexibilizada, mediante a reforma constitucional de outubro de 2000, permitindo que a lei autorizasse a extradição, depois de pedido de um Estado membro da União européia ou de um tribunal internacional, desde que fossem respeitadas as garantias processuais próprias de um Estado de direito.

Ocorre que o Estatuto prevê o dever de cooperação e a entrega de um Chefe de Estado ou de Governo, nos termos do disposto no artigo 89, n. 1, através do pedido dirigido ao Estado “em cujo território essa pessoa possa se encontrar”. Não obstante, o Presidente da República do Sudão não se encontra atualmente em território brasileiro e nem se registra a possibilidade de nele ingressar, o que afastaria o requisito tão claramente enunciado neste artigo.

---

<sup>350</sup> MOREIRA, Vital. *O Tribunal Penal Internacional e a Constituição in O Tribunal Penal Internacional e a Ordem Jurídica Portuguesa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 13-47; CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, volume I, 4ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 248-250.

<sup>351</sup> SABADELL, Ana Lúcia; DIMOULIS, Dimitri. *Tribunal Penal Internacional e Direitos Fundamentais: Problemas de Constitucionalidade*, in *Cadernos de Direito*, volume III, nº 5, São Paulo, UNIMEP, 2003, pp. 255-256.

Por essa razão, o Ministro Celso de Mello encaminhou o pedido à Procuradoria-Geral da República para seu parecer sobre as questões acima referidas e discutidas neste trabalho<sup>352</sup>. Vale a pena ressaltar que não houve qualquer indicação ou entendimento do ministro sobre a possibilidade de inconstitucionalidade do pedido de entrega com a sua inserção no ordenamento jurídico interno pelo que se impõe ao Brasil, em sua condição de Estado Parte do Estatuto de Roma, a obrigação geral de cooperar com o Tribunal Penal Internacional.

Por fim, retirou do pedido o caráter sigiloso, em razão da notoriedade do fato, através da divulgação pelos meios de comunicação nacionais e internacionais do mandado de detenção e entrega do Chefe de Estado, nomeadamente em razão do exposto no “site” oficial do Tribunal Penal Internacional e nas publicações sobre a recente visita ao Uganda do Procurador Luis Moreno-Ocampo, que ali buscava a cooperação de referido país africano na captura de Omar Al Bashir.

A partir deste primeiro caso, verifica-se que a principal incompatibilidade está no fato de o Presidente do Sudão se encontrar em pleno exercício das suas funções de Chefe de Estado e de Chefe de Governo, gozando de imunidade perante a jurisdição brasileira e à determinação de detenção e entrega ao Tribunal Penal Internacional por um juiz no Brasil. Francisco Rezek entende que a ideologia do Tribunal Penal Internacional surgiu com a idéia de evitar a impunidade mais grosseira e chocante, quais sejam a dos crimes contra os direitos humanos elementares, contra a paz dos povos, contra nações, contra comunidades raciais, e resalta que estes crimes são cometidos em “larga medida à sombra da autoridade do Estado, ao benefício temporário da função pública, às vezes de mais alto nível”<sup>353</sup>.

No Brasil, os preceitos relacionados à imunidade e à competência por prerrogativa de função são enfrentados em diversas situações de extradição de pessoas cobertas por essas garantias. E diante dos conflitos e dos crimes da mais alta gravidade perpetrados na região do Darfur, por negligência ou por ingerência do Presidente do Sudão não será coerente inviabilizar a sua entrega ao Tribunal Penal Internacional pela justificativa da imunidade do Chefe de Estado e de Governo em exercício, caso ingresse em território brasileiro.

---

<sup>352</sup> Importante ressaltar que até o encerramento desta tese de Mestrado, a Procuradoria-Geral da República brasileira ainda não se manifestou sobre o primeiro pedido de entrega formulado pelo TPI ao governo brasileiro.

<sup>353</sup> REZEK, Francisco. *Tribunal Penal Internacional: Princípio da Complementaridade e Soberania*. In *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*, São Paulo, Editora Quartier, 2009, p. 486.

Entende-se que sujeitar a julgamento um Chefe de Estado em pleno exercício de suas funções poderia, em razão da importância das funções constitucionais e oficiais exercidas, pôr em causa a estrutura e o funcionamento de um Estado Estrangeiro, como a República do Sudão, implicando no desmantelamento das mais importantes instituições daquele Estado. Porém, trata-se, por vezes, de Chefes de Estado e de Governo estabelecidos apenas em documentos oficiais, mas que não exercem efetivamente as atividades de comando daquela nação, seja pela ausência física, seja pelo exercício do cargo efetuado por um representante designado.

Ademais, a normas de Direito Internacional em matéria de imunidade pessoais não são de caráter absoluto ou inderrogável e a irrelevância das imunidades é tendência em âmbito internacional, a exemplo do Presidente Milosevic<sup>354</sup>, do General Pinochet, anteriormente mencionado, diante da criminalidade perpetrada por muitos Chefes de Estado, Ministros e os que ocupam cargos oficiais.

Assim, a nível internacional, caso o Presidente do Sudão ingresse em território brasileiro, o Brasil não será seu Estado patrial, nem será o Estado que por competência penal desejará chamar para si o processo de acusação e punição dos crimes previstos no Estatuto de Roma. Por isso, o Estado brasileiro deverá analisar a questão com imparcialidade e com respeito ao artigo 7º<sup>355</sup> do Ato das Disposições Transitórias face às normas estabelecidas no Estatuto, cumprindo o dever geral de cooperação internacional em matéria penal, e, conseqüentemente, efetuando a entrega do acusado ao Tribunal Penal Internacional.

Isto porque o Estado brasileiro no exercício de sua soberania teve liberdade e autonomia para aderir ao Estatuto de Roma, mas a partir do momento que manifestou sua adesão, ratificando-o, assumiu obrigações de cooperação e entrega das quais não pode se furtar. A universalização dos direitos humanos traz consigo a necessidade de intensificar o monitoramento e controle da criminalidade internacional, aos quais o Brasil deve participar.

---

<sup>354</sup> Segundo Paola Gaeta, se o Presidente Milosevic, ainda Chefe de Estado, tivesse entrado no território de um Estado estrangeiro, em missão oficial ou a título meramente privado, as autoridades desse Estado estariam obrigadas a executar o mandato de captura internacional emitido pelo TPIJ, sem que lhes pudesse ser imputada a violação de normas de direito internacional relativa às imunidades pessoais. ALMEIDA, Francisco António de M. L. Ferreira de, 2009, ob. cit. p. 510.

<sup>355</sup> “Art. 7º - O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos.”



## CONCLUSÃO

A partir do fim da Guerra Fria, da globalização e da interdependência dos Estados, verifica-se a evolução do Direito Internacional na busca progressiva na ampliação da normatividade decorrente da coordenação de interesses e da esfera de valores com a conseqüente necessidade de redução do poder e da violência na comunidade internacional. Nesse sentido, na história do Direito Internacional Humanitário tem-se almejado limites para os sofrimentos causados pelas grandes guerras e o estabelecimento de padrões mínimos de cooperação e autolimitação entre as nações. A criação do Tribunal Penal Internacional é mais um exemplo desta evolução.

A adoção do Estatuto de Roma que criou a Corte Penal Internacional, aprovado em 17 de Julho de 1998 pela Conferência dos Plenipotenciários das Nações Unidas, constitui um grande passo face à consolidação do Sistema Internacional dos Direitos Humanos e à relativização do conceito clássico de soberania.

Quando o Estado ratifica um tratado, nomeadamente para repressão e punição da criminalidade internacional, este pratica ato de soberania e o faz de acordo com os procedimentos previstos na Constituição e na legislação interna. Eventuais incompatibilidades podem ser superadas diante da interpretação do caso concreto ou mediante legislação interna, superando aparentes óbices à aplicabilidade do instituto da entrega prevista no Estatuto de Roma.

O Estado possui ampla liberdade no exercício de sua jurisdição penal, legitimada pelo dispositivo da soberania, que lhe concede independência no cenário internacional e não ingerência dos outros Estados, sobre seus assuntos internos. Mas incumbe-lhe da responsabilidade pela paz e a segurança da comunidade sob o seu domínio. E a partir da ratificação do Estatuto, Brasil e Portugal se prontificaram a realizar a entrega dos acusados e a contribuir internacionalmente com o Tribunal Penal Internacional, sem que as questões de soberania influenciassem na obrigação geral de cooperar.

Diferentemente do que ocorre com os tratados multilaterais clássicos, que materializam compromissos recíprocos para o benefício mútuo dos Estados Parte, os tratados de proteção de direitos humanos incorporam obrigações objetivas a serem cumpridas por meio de mecanismos de implementação coletiva. É necessário, pois, superar a idéia de soberania absoluta dos Estados, diante da necessidade de proteção dos direitos humanos, visto que não se encerra no domínio reservado do Estado, nem é questão de interesse meramente nacional, mas sim de interesse

internacional. Além de que por força do artigo 19º da Convenção de Viena de 1969 sobre os Tratados um Estado pode, ao assinar, ratificar, aceitar ou aprovar um tratado, ou a ele aderir, formular uma reserva, ao menos que a reserva seja proibida pelo tratado ou que seja incompatível com o objeto e a finalidade do tratado.

O conceito de soberania não significa que os Estados excluam qualquer poder proveniente da ordem jurídica internacional, pois o essencial é garantir a igualdade entre os Estados um em relação aos outros. Mas os fenômenos da globalização, da regionalização do Direito Internacional dos Direitos Humanos e a crescente universalidade de documentos aprovados nos últimos 50 anos, se verifica a relativização da soberania na ordem econômica, através da celebração de acordos em matéria econômica, tratados entre países e limitações ao poder dos Estados que se vêem obrigados a prestar contas de suas relações com seus cidadãos a organismos internacionais, constituindo uma verdadeira incongruência utilizar o princípio da soberania como forma de impossibilitar a jurisdição do Tribunal Penal Internacional.

Ademais, a aplicação de lei penal no espaço delimitado geograficamente pela soberania estadual perde um pouco de sentido diante da intensidade das relações internacionais e dos crimes transnacionais. A legitimidade punitiva tende a se realizar menos em função de um território e mais em função da natureza dos crimes, ou seja, o princípio da territorialidade não é paradigma ou requisito suficiente para repressão e punição dos crimes internacionais, pois os crimes contra a ordem econômica ou crimes de guerra, genocídio, dentre outros, ultrapassam as fronteiras estaduais.

A cooperação internacional e a assistência judiciária dos Estados são essenciais para o funcionamento do Tribunal Penal Internacional na investigação dos casos a partir de acesso a documentos, provas, depoimentos de testemunhas, detenção, transferência e a entrega de acusados. E também para que sua relação com os sistemas judiciais nacionais seja pautada pelo respeito à complementaridade, ao objetivo, à independência do Tribunal Penal Internacional, à soberania e à jurisdição interna dos Estados Parte.

A obrigação geral de cooperar determina que os Estados Parte devam assegurar de que as legislações nacionais estipulem meios processuais compatíveis com as formas de cooperação. Em Portugal, enquanto não houver legislação interna que regule o procedimento de entrega previsto no Estatuto, poder-se-á aplicar a Lei de Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal Lei nº144, de 31 de Agosto de 1999, com as alterações introduzidas pela Lei 104/2001, de

25 de Abril e as diretrizes do Mandado de Detenção Europeu. No Brasil, a doutrina, a jurisprudência e, principalmente, as Seções Judiciárias da Justiça Federal brasileira tem cooperado internacionalmente com os outros países no combate à criminalidade internacional, nomeadamente no que tange ao tráfico internacional de entorpecentes, de pessoas e de espécies da fauna e flora brasileiras, meios que possibilitam também, em larga medida, a cooperação com o Tribunal Penal Internacional.

O princípio da complementaridade manifesta-se como um dos princípios mais importantes do Estatuto. O seu objetivo é assegurar que o Tribunal exerça seu papel sem intervir indevidamente nos sistemas judiciais internos, que continuam a se incumbir da responsabilidade primária de processar e investigar os crimes ocorridos no seu território ou cometidos pelos seus nacionais. Além de que, possui caráter excepcional e complementar, exercendo jurisdição apenas nos crimes de extrema gravidade, a partir dos critérios de admissibilidade previstos no Estatuto e quando se verifique claramente a incapacidade ou indisposição dos Estados em processar os responsáveis.

A complementaridade não pretende esvaziar em absoluto a competência do processo penal das jurisdições internas, mesmo nos crimes da mais superlativa gravidade, isto porque foi confiada pelas constituições nacionais aos tribunais nacionais. O Tribunal Penal Internacional pretende ser competente em certas hipóteses, quando há falência das instituições nacionais.

No que concerne à não-extradição de nacionais, entende-se que é norma considerada cláusula pétrea na Constituição Brasileira e intangível na Constituição Portuguesa. A entrega de nacionais seria inviável se fosse feita uma assimilação deste instituto com a extradição. Dessa forma, deve-se entender que são institutos diferentes, estabelecidos entre sujeitos internacionais diferentes – extradição ocorre entre Estados e a entrega entre um Estado e o Tribunal Penal Internacional - e que correspondem a diferentes formas de cooperação, quais sejam, a cooperação internacional horizontal (extradição) e vertical (entrega).

Diante desta interpretação, conclui-se que o instituto da entrega é viável para ambos os ordenamentos, isto porque o Tribunal Penal Internacional se mostra um fórum imparcial aos quais os Estados poderão entregar pessoas que talvez não extraditassem a outros Estados por razões políticas, de nacionalidade, de imunidades, de previsão de crimes imprescritíveis ou com penas de prisão perpétua, o que não ocorreria no caso de entrega. Não se trata de entrega de alguém para outro ente de Direito Público Internacional como um Estado dotado de soberania ou

competência, mas sim de uma instituição internacional permanente e imparcial construída por estes Estados, ou seja, as partes envolvidas na relação situam-se em planos jurídicos diferentes, o que foge à aplicabilidade das normas proibitivas da extradição.

Como já mencionado, a jurisdição do Tribunal Penal Internacional é de caráter excepcional e complementar, somente exercida em caso de manifesta incapacidade ou falta de disposição do sistema judiciário nacional. Os valores nacionais quanto ao exercício do direito penal e da legislação sobre a extradição em diferentes Estados não precisam se suscitados, pois o Tribunal Penal Internacional não é jurisdição estrangeira ou uma Corte de outro Estado, é um tribunal estabelecido por normas ratificadas pelos Estados Parte que consentiram com sua jurisdição, não prevalecendo o entendimento de inconstitucionalidade do instituto da entrega.

Assim, não existe uma questão constitucional relevante para obstaculizar o ingresso do instituto da entrega no sistema brasileiro e no português, bem como, não existem dificuldades em adequar a lei fundamental que, pura e simplesmente, ressalvasse, sem embargo do que é dito em outros dispositivos, as hipóteses de competência do Tribunal Penal Internacional, ao qual Brasil e Portugal prestem sua adesão. O instituto da entrega constitui um passo além na política de preservação dos direitos humanos no plano internacional.

Ademais, após a Segunda Guerra Mundial assiste-se um desenvolvimento do Direito Internacional, e vislumbra-se que os crimes de genocídio, tortura e os crimes internacionais que merecem punição que sejam praticados no exercício da função de Chefe de Estado não podem ser cobertos pelas imunidades.

O acusado que exerça cargo político, como o Presidente do Sudão, caso seja processado e julgado pelo Tribunal Penal Internacional pelos crimes previstos no artigo 5º, e que se utilize das imunidades como forma de impunidade, demonstra a total incongruência com a Constituição brasileira e portuguesa, no respeito ao Estado Democrático de Direito e à dignidade humana, caso o Brasil não autorize sua entrega por motivos de imunidade de Chefes de Estado.

A irrelevância das imunidades para a punição e repressão dos crimes no Tribunal Penal Internacional é aceitável no plano internacional, diante de pessoas que se encontram no exercício do poder e pratiquem atos criminosos contrários a lei internacional e não atos do Estado que representa. Em consequência, não pode o Direito Internacional – a exemplo das imunidades de direito internacional - ser utilizado como escusa para implementação dos tratados de direitos humanos, como o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.

Nem a lei inglesa pactuou com a prevalência da imunidade, no caso Pinochet, em que o Comitê de Apelação da Câmara dos Lordes o considerou desprovido da condição de Chefe de Estado, e portanto, passível de extradição, a partir da indefinição do que constitui a função de chefe de Estado, principalmente no que se refere à relação com os seus nacionais, entendendo que um Estado não pode torturar ou liquidar arbitrariamente os seus nacionais, considerados seus inimigos políticos, e que isto constitui crime internacional e grave violação de direitos humanos, fato que ilustra a proteção dos valores essenciais da sociedade em repressão aos crimes contra a humanidade, desconsiderando a imunidade que contribua para a impunidade.

Deste modo, o Estatuto de Roma estabelece esse entendimento que dominou a argumentação dos magistrados no Reino Unido, no que diz respeito à sistemática de violação de direitos humanos, onde o conceito tradicional de soberania deve ceder espaço como esfera de proteção dos atos arbitrários de governantes. Isto porque o Direito Internacional não pode outorgar imunidades funcionais e pessoais relativamente a crimes de grande relevância, crimes estes que considera atentatórios aos interesses da comunidade internacional. O princípio da soberania, que justifica as imunidades, não pode ter primazia sobre os direitos fundamentais da pessoa humana.

Impossibilitar a entrega de uma pessoa ao Tribunal Penal Internacional pela justificativa de que cometeu um crime político ou por motivos políticos e assim inviabilizar a entrega com base nas normas proibitivas da extradição é anular o Estatuto de Roma. Isto porque os crimes contra a humanidade do Estatuto por vezes ocorrem por motivos políticos ou com base na política de um Estado, de maneira que a maioria dos delitos sob a jurisdição e competência do Tribunal Penal Internacional são praticados por pessoas que ocupam cargos políticos e em momentos de lutas políticas. Situações que inviabilizaria a entrega ao Tribunal Penal Internacional.

Ocorre que não há definição precisa de crime político e o seu aspecto anti-social é muito mais relativo do que o crime comum. A justificativa de se proibir a extradição por motivos políticos constitui a ingerência de outro Estado soberano sobre aquela pessoa nacional ou estrangeira sobre proteção de outro Estado soberano por razões de perseguição política. Mas não se trata de uma relação entre Estados soberanos e sim entre um Estado Parte e um Tribunal de caráter independente e imparcial por crimes de grande relevância. Seria absurdo impossibilitar a entrega de um criminoso por este motivo.

Dada a intensificação das relações entre os Estados e do seu agrupamento em blocos, permite-se a manipulação do conceito de crime político, possibilitando que criminosos encontrem no argumento de perseguição política a inviabilidade da entrega ao Tribunal Penal Internacional. Esta vedação referente aos crimes políticos deveria ser abolida no âmbito da extradição, como já foi adotado pelo Supremo Tribunal Federal, e abolida de igual modo no âmbito da entrega prevista no Estatuto de Roma.

No que diz respeito à impossibilidade de entrega do acusado por estar previsto pena de prisão perpétua, entende-se que as teorias de prevenção geral e especial, a partir da quantificação e qualificação dos bens jurídicos a serem protegidos diante do cometimento de crimes atrozes são aplicáveis e permitiram, nestes casos, a entrega.

O que se verifica no ordenamento brasileiro e português é uma duplicidade, posto que internamente não se admite a pena de prisão perpétua, mas para efeitos de extradição ou entrega (externamente) essa pena não constitui nenhum óbice, sendo possível sua previsão no Estatuto de Roma e a entrega para estes fins. As relações internacionais de extradição são reguladas por tratados bilaterais e a entrega ao Tribunal Penal Internacional são reguladas através da ratificação do Estatuto. Não podem para isso invocar os regramentos penais nacionais – normas proibitivas de extradição - principalmente no que tange a cooperação vertical a um Tribunal criado pela vontade política de nações para punição de crimes internacionais.

Além do mais, a aplicabilidade da pena de prisão perpétua constitui uma exceção. O Estatuto prevê a revisão ou redução da pena depois de cumprido dois terços, ou 25 anos de prisão, o que não caracterizaria uma pena de caráter perpétuo e não violaria o princípio da necessidade da pena e de regeneração do delinquente, muito menos a sua incompatibilidade com a Constituição brasileira e a portuguesa. É, pois, compatível com o Código Penal Brasileiro e Lei de Execução Penal e com o Código Penal Português. Caso o Tribunal decida não reduzir a pena da pessoa após a primeira revisão, o Estatuto exige que a Corte continue a revisar a questão da redução da pena em conformidade com o disposto no artigo 110, § 5º das Regras de Procedimento e Prova do Estatuto de Roma.

A pena é condição indispensável para o funcionamento dos sistemas sociais, a partir do seu caráter retributivo e assistencialista, visando à Justiça distributiva. O fato de se aplicar a prisão perpétua, com a possibilidade de redução da pena diante do bom comportamento do condenado, tem-se a devida responsabilização individual dos delinquentes destes crimes de

elevada repercussão e a possibilidade de sua regeneração social, situações compatíveis com a ordem jurídica brasileira e a portuguesa.

A previsão de pena de prisão perpétua não desqualifica e nem caracteriza a recepção do Estatuto como um instrumento desumano para o ordenamento jurídico interno, visto que tem por objetivo reprimir e punir os crimes a nível internacional, evitando a aplicabilidade de pena de morte, e esta pena apenas se encontra circunscrita aos crimes de genocídio, crimes de guerra, crimes contra a humanidade e crimes de agressão – crimes que violam os pilares fundamentais da comunidade internacional, no que diz respeito a direitos inalienáveis e à dignidade do ser humano - e não a todos os crimes do código penal brasileiro e do português.

O estabelecimento da imprescritibilidade dos crimes previstos no Estatuto de Roma se justifica pela intensa repercussão face à comunidade internacional destes crimes que demonstram a necessidade de um lapso temporal extenso para que seja demonstrada a incapacidade ou a ineficiência da jurisdição interna, para posteriormente iniciar a instrução processual internacional.

Os tipos penais e a imprescritibilidade do Estatuto foram ratificados pelo Estado brasileiro e português, mas não serão aplicáveis na ordem jurídica interna, apenas quando o Tribunal Penal Internacional estabelecer sua jurisdição. A imprescritibilidade não suscita um problema de absoluta incompatibilidade com o princípio da necessidade da pena, em razões derivadas da especial natureza e funções de incriminação e foi aceite pelo ordenamento jurídico brasileiro no que diz respeito ao crime de racismo, por exemplo, o que não demonstra incompatibilidade.

Dessa forma, a imprescritibilidade de crimes como estes no Brasil já são admitidos, como o crime de racismo (art. 5º, XLII; Lei n. 7.716, de 5 de Janeiro de 1989, com alterações da Lei n. 9.459, de 15 de Maio de 1997) e o crime de ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV). Em Portugal, através da Lei n.º 31/2004 de 22 de Julho, que adapta a legislação penal portuguesa ao Estatuto do Tribunal Penal Internacional, tipifica as condutas que constituem crimes de violação do Direito Internacional Humanitário e alteração ao Código Penal, estabelecendo no artigo 7.º que o procedimento criminal e as penas impostas pelos crimes de genocídio contra a humanidade e de guerra são imprescritíveis, situações que não inviabilizariam a entrega ao Tribunal Penal Internacional.

O objetivo do Tribunal Penal Internacional é evitar que criminosos pela prática de crimes listados no Estatuto de Roma escapem à execução da justiça. Isto porque no Direito Internacional

não é mais tolerável que condutas desumanas sejam praticadas e o lapso temporal as faça impunes. Esta alteração na legislação portuguesa comprova este entendimento.

Ultrapassados as incompatibilidades, surgem questões que foram suscitadas pela doutrina, que somente com o tempo e com o desenvolvimento da jurisprudência do Tribunal Penal Internacional é que se poderá efetuar críticas e sugestões mais aprofundadas.

A primeira questão se situa no verdadeiro significado do Tribunal Penal Internacional, diante da não ratificação pelos Estados Unidos, Rússia e China, por exemplo, que buscam manter seus nacionais imunes, apesar de integrarem o Conselho de Segurança da ONU e sendo um dos países de maior relevância nas relações entre países e nas decisões tomadas perante comunidade internacional.

Os Estados Unidos tentaram inviabilizar a atuação do Tribunal Penal Internacional por meio de tratados bilaterais, pelos quais estes não entregariam cidadãos norte-americanos, mantendo a imunidade de seus nacionais. Isto revela total incongruência dos Estados Parte se ratificarem estes documentos, prevendo a não entrega de norte-americanos, mas permitindo a entrega de seus nacionais.

Também, diante das ameaças de bloqueio dos Estados Unidos a futuras participações em operações de paz no caso de algum dos seus nacionais vierem a ser julgado pelo Tribunal Penal Internacional, o Conselho de Segurança da ONU aprovou a resolução nº 1422, de 12 de Julho de 2002. Esta permite que o Conselho não inicie ou não prossiga uma investigação ou acusação a casos que envolvam oficiais ou ex-oficiais ou pessoas de um Estado participante nas operações estabelecidas ou autorizadas pelas Nações Unidas que não seja parte no Estatuto de Roma, a não ser que o Conselho decida de outro modo.

Este controle excessivo do Conselho de Segurança sobre o Tribunal Penal Internacional demonstra que a independência da Corte não é absoluta, antes condicionada, pois além desta resolução, o artigo 16 do Estatuto permite ao Conselho não iniciar ou interromper qualquer investigação ou processo num período de doze meses, renováveis. Situações que demonstram um recuo deste ao desenvolvimento do Direito Internacional, da proteção dos direitos humanos e da jurisdição e dos objetivos do Tribunal Penal Internacional.

Outra questão envolve a aparente discricionariedade do Procurador de Justiça do Tribunal Penal Internacional para iniciar os procedimentos criminais no Tribunal Penal Internacional. O



Estatuto de Roma prevê nos artigos 13<sup>o356</sup> e 15<sup>o357</sup> as funções do Procurador de Justiça do Tribunal Penal Internacional, dentre elas, receber denúncias dos Estados Partes, do Conselho de Segurança da ONU, iniciar o inquérito estando sujeito a controle do Juízo de Instrução, nos termos do artigo 15, n. 3, e instruir o processo e encaminhar ao Tribunal se houver fundamento. Discute-se, pois, quais os critérios que o Procurador terá para iniciar um processo criminal que enseja no pedido de entrega de um cidadão. Sabe-se que a comunidade jurídica deve se afastar de juízos políticos de conveniência e oportunidade, que através de um discurso teórico, sem juridicidade e cientificismo, servem para burlar princípios fundamentais e cláusulas pétreas.

Se valer de juízos políticos para violar preceitos da Constituição e regras de competência criminal, por exemplo, são imponderáveis e ilegítimos diante do ordenamento jurídico brasileiro e português. Porém, clama-se pela eleição do Procurador – assim como dos Juízes – tendo por base os princípios da legalidade e das previsões no Estatuto, para que exerçam suas funções com imparcialidade e respeito à comunidade internacional.

Do mesmo modo, acredita-se que através do Procurador, famílias, vítimas e organizações não governamentais poderão recorrer à Corte, sem depender de vontades políticas ou governamentais, uma vez que estariam dependendo apenas dos Estados Parte ou do Conselho de Segurança. A partir de sua autonomia e independência, a Procuradoria poderia estar alheia à política internacional e aos interesses estatais. Sua atividade não estará ausente de controle, pois tendo concluído que existe fundamento suficiente para abrir inquérito, o Procurador apresentará um pedido de autorização para Câmara de Questões Preliminares, conforme o disposto no artigo

---

<sup>356</sup> “Artigo 13.º Exercício da jurisdição. c) O procurador tiver dado início a um inquérito sobre tal crime, nos termos do disposto no artigo 15.º.”

<sup>357</sup> “Artigo 15.º Procurador .1 - O procurador poderá, por sua própria iniciativa, abrir um inquérito com base em informações sobre a prática de crimes da competência do Tribunal. 2 - O procurador apreciará a seriedade da informação recebida. Para tal, poderá recolher informações suplementares junto dos Estados, dos órgãos da Organização das Nações Unidas, das organizações intergovernamentais ou não governamentais ou outras fontes fidedignas que considere apropriadas, bem como recolher depoimentos escritos ou orais na sede do Tribunal. 3 - Se concluir que existe fundamento suficiente para abrir um inquérito, o procurador apresentará um pedido de autorização nesse sentido ao juízo de instrução, acompanhado da documentação de apoio que tiver reunido. As vítimas poderão apresentar exposições no juízo de instrução, de acordo com o Regulamento Processual. 4 - Se, após examinar o pedido e a documentação que o acompanha, o juízo de instrução considerar que há fundamento suficiente para abrir um inquérito e que o caso parece caber na jurisdição do Tribunal, autorizará a abertura do inquérito, sem prejuízo das decisões que o Tribunal vier a tomar posteriormente em matéria de competência e de admissibilidade. 5 - A recusa do juízo de instrução em autorizar a abertura do inquérito não impedirá o procurador de formular ulteriormente outro pedido com base em novos factos ou provas respeitantes à mesma situação. 6 - Se, depois da análise preliminar a que se referem os n.os 1 e 2, o procurador concluir que a informação apresentada não constitui fundamento suficiente para um inquérito, o procurador informará quem a tiver apresentado de tal entendimento. Tal não impede que o procurador examine, à luz de novos factos ou provas, qualquer outra informação que lhe venha a ser comunicada sobre o mesmo caso.”

15º, inciso 3 do Estatuto. Por último, o Estatuto prevê no artigo 53º um juízo de reconsideração do Procurador, caso este entenda pelo arquivamento da instrução iniciada pelo Conselho de Segurança, ou a pedido do Estado Parte, questões estas que poderão ser aprofundadas diante do aparecimento dos casos concretos<sup>358</sup>.

A Constituição Brasileira no artigo 1º, inciso III, tem como fundamento a dignidade da pessoa humana e as relações internacionais do Brasil com outros países regem-se pela prevalência dos direitos humanos, conforme dispõe o artigo 4º, inciso II e pela cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, o que demonstra o interesse do Estado brasileiro na proteção internacional dos direitos humanos. Após a Emenda Constitucional nº 45, o Brasil passou a reconhecer formalmente a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, por meio do §4º acrescentado ao artigo 5º da Constituição, o que confirma a necessidade de aplicação e de regulamentação interna do Estatuto de Roma.

Nesta linha, a Constituição Portuguesa também se preocupa com os direitos fundamentais, abrindo-se ao Direito Internacional. Um dos princípios previstos no artigo 7º é o que diz respeito aos Direitos do Homem, o que se pode concluir pela prevalência dos direitos humanos, bem como o artigo 8º que prevê a cláusula de recepção geral plena do Direito Internacional geral ou comum que expressamente fazem parte integrante do direito português. Após a ratificação do Estatuto de Roma pelo Estado português e do nº 7 ao artigo 7º da Constituição, consagra-se a aceitação do Tribunal Penal Internacional.

Com a aceitação da jurisdição do Tribunal Penal Internacional pelas Constituições brasileira e portuguesa, e diante da inexistência de legislação interna, a solução indicada por Kai Ambos é primeiramente a aplicação das normas do Estatuto, seguida de aplicação dos Tratados internacionais e as regras e princípios de Direito Internacional. Caso ainda exista incompatibilidades, apesar de entender que estas não existem, pode-se aplicar os princípios gerais das leis internas dos Estados com jurisdição sobre os crimes, sempre em consonância com a lei internacional. O Tribunal poderá utilizar de uma fonte a outra até que se encontre uma lei aplicável, ou que o Estado brasileiro e o português regulamentem<sup>359</sup>.

---

<sup>358</sup> CALABRICH, Bruno. *O Ministério Público no Tribunal Penal Internacional*. Volume 06, n. 33, São Paulo, Revista Síntese do Direito Penal e Processual Penal, Agosto – Setembro 2005, pp. 23-31.

<sup>359</sup> AMBOS, Kai. *Principios generales del Derecho Penal en El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Separata Actualidad Penal, Vol. XLIV, n. 44, Semana de 27 de Noviembre al 3 de Diciembre de 2000, p. 927.

Entretanto, por um dever consuetudinário previsto na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, um Estado que se vincula a um tratado internacional tem a obrigação de cumpri-lo de boa-fé e de fazer editar as regras internas necessárias para que possa ser implementado. Assim, Brasil e Portugal terão de emitir toda a legislação infraconstitucional necessária para aplicação do Estatuto de Roma, sob pena de responsabilização internacional.

No caso de Tratados internacionais, quando os Estados Partes os ratificam, contraem obrigações gerais da maior importância. Dentre elas está a de respeitar e assegurar o respeito dos direitos protegidos, o que requer medidas positivas por parte dos Estados. Outra obrigação geral é a de adequar o ordenamento jurídico interno à normativa internacional de proteção. Para isso é necessária a edição legislativa, visando suprir eventuais lacunas no direito interno, ou, então, a promoção de alterações na legislação nacional, com o propósito de harmonizá-la com as normas convencionais de proteção de direitos humanos. Para satisfação dessas obrigações gerais, que vinculam os Estados Parte, e não seus governantes, concorrem todos os poderes do Estado, todos os seus órgãos e agentes<sup>360</sup>.

O Estatuto de Roma apresenta complexas e difíceis questões relacionadas à soberania dos Estados, à entrega de nacionais, à irrelevância das imunidades e de crimes de caráter político, à previsão de prisão perpétua e de imprescritibilidade para os crimes previstos. Dada as características inovadoras, o Estado brasileiro e o português devem prover legislação interna adequada para que os magistrados possam realizar os procedimentos de cooperação internacional, em respeito à Constituição e à soberania estadual.

Diante da inexistência de legislação interna para a superação destas incompatibilidades e a partir do entendimento majoritário de que se deve aplicar o Estatuto de Roma, e, conseqüentemente o instituto da entrega dos acusados ao Tribunal Penal Internacional, deve-se interpretá-lo em consonância com a Constituição brasileira e a portuguesa, em respeito à cooperação internacional e à comunidade internacional. Note-se ainda que a Constituição não deve ser interpretada de forma mecânica, pois é o elo de ligação entre o mundo da ética-política e o Direito. E juntamente com o Estatuto de Roma, possuem a finalidade de proteção da dignidade humana. Por isso os magistrados e juristas devem verificar em que medidas esses dois instrumentos podem ser harmonizados um com o outro.

---

<sup>360</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Volume III, Porto Alegre, Editora Sérgio Antonio Fabris, 2003, p. 153.

O Anteprojeto brasileiro que tramita atualmente na Câmara dos Deputados como PL n. 4.038/2008 define os crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, dispondo sobre a cooperação judiciária internacional. Instrumento que, se aprovado, será de grande avanço ao Estado brasileiro na cooperação internacional. Em Portugal, a Lei n.º 31/2004, de 22 de Julho que adapta a legislação penal portuguesa ao Estatuto do Tribunal Penal Internacional, tipifica as condutas que constituem crimes de violação do Direito Internacional Humanitário e altera alguns artigos do Código Penal ostenta também um grande avanço. Contudo, esta lei não regulamenta o procedimento de entrega ao Tribunal Penal Internacional, apesar de constituir o começo para a aplicabilidade do Estatuto de Roma e para a repressão e punição dos crimes de grande relevância internacional.

Afirma-se, assim, que o Tribunal Penal Internacional como instituição permanente de jurisdição universal não é um produto inventado provisoriamente para determinados acontecimentos, como os tribunais *ad hoc*. Não é um órgão político e não pertence às Nações Unidas. Foi criado para a realização da justiça, ao primado do bom Direito e à evitabilidade da impunidade da criminalidade internacional. Se os órgãos de soberania não são coniventes com a prática de crimes de elevada repercussão, certamente a justiça interna se encarregaria da punição de seus autores. Por isso o Tribunal Penal Internacional foi criado para que autores de crimes atrozes não fiquem eternamente impunes em razão da soberania dos Estados.

A simples existência do Tribunal Penal Internacional não impedirá que estes crimes continuem a ser cometidos, mas servirá como um forte poder na prevenção contra a impunidade e na redução do número de vítimas. A Humanidade, cujos interesses e valores essenciais são violados e ameaçados pela prática desses crimes é a titular do direito de assegurar sua repressão, havendo necessidade de prever meios adequados de garantir o exercício dessa titularidade. O Tribunal Penal Internacional constitui meio capaz de promover a punição de crimes internacionais na ausência ou incapacidade dos sistemas judiciários nacionais, freqüentemente incapacitados ou intimidados pela destruição e pelo terror perpetrados pelos seus autores.

## BIBLIOGRAFIA

### 1. Livros, artigos e revistas

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público*. 17ª edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2009.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5ª edição, Tradução Virgílio Afonso da Silva, São Paulo, Editora Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Francisco António de M. L. Ferreira de. *Os Crimes Contra a Humanidade no Actual Direito Internacional Penal*. Dissertação para doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Editora Almedina, 2009.

AMBOS, Kai. *A implementação do Estatuto de Roma na legislação nacional*. In AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel. *Persecução Penal Internacional na América Latina e Espanha*. Título original: *Persecución internacional en America Latina y Espanha*. Tradução e organização do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo, IBCCRIM, 2003.

\_\_\_\_\_. *Impunidade por violação dos Direitos Humanos e o Direito Penal Internacional*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. *Impunidad y Derecho Penal Internacional*. 2º edición actualizada y revisada, Buenos Aires, Argentina, Ad Hoc Editora, 1999.

\_\_\_\_\_. *La nueva justicia penal supranacional: desarrollos post-Roma*. Valencia, Editora Tirant lo Blanch, 2002.

\_\_\_\_\_. *Principios generales de derecho penal en el estatuto de Roma de la corte penal internacional*. Madrid, Separata de Actualidad Penal, n. 44, Novembro/Dezembro de 2000.

\_\_\_\_\_. *Sobre el fundamento jurídico de la Corte Penal Internacional – un análisis del Estatuto de Roma*. Revista de Derecho Penal y Criminología, n. 05, Madrid, Editora UNED, 2000.

ANNONI, Danielle e FREITAS, Márcia Marcondes Diniz de. *Direitos Humanos e os Tratados Internacionais: A Declaração Universal das Nações Unidas Hoje*. In *Estudos De Direito Internacional*, Volume XII, Anais do 6º Congresso Brasileiro de Direito Internacional, São Paulo, Editora Juruá, 2008.

BADIE, Bertrand. *Um Mundo sem Soberania: Os Estados entre o artifício e a responsabilidade*. Instituto Piaget, Coimbra, Coimbra Editora, 1999.

BASSIOUNI, M. Cherif. *Um planteamiento estratégico y comprehensivo de cooperación internacional para la prevención, control y represión de la criminalidad internacional y*

*transnacional, incluyendo la creación de un tribunal internacional.* Anuario de Derecho Penal e Ciências Penales, tomo XLV, fascículo I, Madrid, Jan./Abr. 1992.

\_\_\_\_\_. *Crimes Against Humanity in International Criminal Law.* Second Revised Edition, Kluwer Law International, 1999.

\_\_\_\_\_. *Policy Considerations on Inter-State Cooperation in Criminal Matters. Procedural and Enforcement Mechanisms in International Law*, 2ª edição, Vol. II, New York, Transnational Publishers, Inc. Ardsley, 1992.

\_\_\_\_\_. *The Times has come for a International Criminal Court.* Indiana International e Comparative Law Review, n. 1, v. 1, New York, 1991.

\_\_\_\_\_. *Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice.* Publicado em Virginia Journal of International Law Association, Otoño 2001, 42 Va. J. Int'l. L. 81. Disponível na versão em língua espanhola *Jurisdicción Universal para Crímenes Internacionales: Perspectivas Históricas y Práctica Contemporánea.* Disponível em [http://www.cdh.uchile.cl/Libros/18ensayos/Bassiouni\\_JurisdiccionUniversal.pdf](http://www.cdh.uchile.cl/Libros/18ensayos/Bassiouni_JurisdiccionUniversal.pdf). Acesso em 27 de Fevereiro de 2010.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas.* 1ª edição, São Paulo, Editora Edipro, 2008.

BECHARA, Fábio Ramazzini. *Homologação de sentença estrangeira, extradição e expulsão: garantias do processo justo.* In *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana.* MIRANDA, Jorge e SILVA, Marco Antonio Marques, São Paulo, Editora Quartier Latin, 2009.

\_\_\_\_\_. *Tribunal Penal Internacional e o Princípio da Complementariedade.* Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, volume 4, n. 24, São Paulo, Editora Síntese, Fevereiro – Março de 2004.

BRAGA, Marcelo Pupe. *Direito Internacional Público e Privado,* São Paulo, Editora Método, 2009.

BRITO, Wladimir. *Tribunal Penal Internacional: uma garantia jurisdicional para a proteção dos direitos da pessoa humana.* Volume LXXVI, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Coimbra Editora, 2000.

BROOMHALL, Bruce. *International justice and the international criminal court : between sovereignty and the rule of law.* Série Oxford Monographs in International, Oxford, Oxford University Press, 2003.

\_\_\_\_\_. *La Corte Penal Internacional: visión general, y la Cooperación com los Estados.* In BASSIONI, M. Cherif. *Nouvelles études pénales: ICC ratification and national implementing legislation; CPI ratification in legislation nationale d'application; CPI ratificación y legislación nacional de actuación.* Association Internationale de droit Index. Paris, Editora Érès, 1999.

BUZAGLO, Samuel Auday. *Considerações sobre a criação do Tribunal Penal Internacional*. São Paulo, Confederação Nacional do Comércio, Conselho Técnico, 2003.

CAEIRO, Antonio Pedro Nunes. *Alguns aspectos do Estatuto de Roma e os reflexos da sua ratificação na proibição constitucional de extraditar em caso de prisão perpétua*. Separata Direito e Cidadania, ano V, nº18, Coimbra, Coimbra Editora, Setembro a Dezembro, 2003.

\_\_\_\_\_. *Claros e escuros de um auto-retrato: Breve anotação à jurisprudência dos Tribunais Penais Internacionais para a antiga Jugoslávia e para o Ruanda sobre a própria legitimação “in” Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários*, Instituto de Direito Penal Económico e Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Volume III, Coimbra, Editora Coimbra, 2009.

\_\_\_\_\_. *Cooperação Judiciária na União Européia in Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários*, Instituto de Direito Penal Económico e Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Volume III, Coimbra, Editora Coimbra, 2009.

\_\_\_\_\_. *Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado: O caso Português*. Dissertação de Doutoramento em Ciência Jurídico – Criminais, apresentada a Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2007.

\_\_\_\_\_. *O procedimento de entrega previsto no Estatuto de Roma e a sua incorporação no Direito Português*, in *O Tribunal Penal Internacional e a Ordem Jurídica Portuguesa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

\_\_\_\_\_. *Perspectivas de formação de um direito penal da União Européia*. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano VI, fascículo n. 2, Coimbra, Coimbra Editora, Abril-Junho de 1996.

\_\_\_\_\_. *Proibições Constitucionais de Extraditar em função da pena aplicável. O Estatuto Constitucional das proibições de extraditar fundadas na natureza da pena correspondente ao crime segundo o direito do Estado requerente, antes e depois da Lei constitucional nº 1/97*. Separata de A inclusão do outro, Stvdia Ivridica, n. 66, Coimbra, Universidade de Coimbra, 1997.

\_\_\_\_\_. *Tribunais Penais Internacionais: “etapas de um caminho” ou “astros em constelação”?* Uma visão político-jurídica do Estatuto de Roma. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 37, São Paulo, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Jan/Mar. de 2002.

\_\_\_\_\_. *Ut puras servaret manus*. Separata da Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra, Editora Coimbra, 2001.

CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo. *O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira*. In *O que é o Tribunal Penal Internacional*, Série Ação parlamentar, n. 110, Brasília, Câmara dos Deputados/Coordenação de Publicações, 2000.

CALABRICH, Bruno. *O Ministério Público no Tribunal Penal Internacional*. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, São Paulo, Editora Síntese, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

\_\_\_\_\_. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª edição, 4ª reimpressão, Coimbra, Editora Almedina, 2007.

\_\_\_\_\_; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Portuguesa: Lei do Tribunal Constitucional*, 8ª edição, 2ª reimpressão, Coimbra, Editora Coimbra, 2009.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Texto produzido pelo autor baseado na conferência proferida no Seminário Internacional “O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira” promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em 29 de Setembro de 1999, no auditório do Superior Tribunal de Justiça, em Brasília, DF, Brasil. Revista Centro de Estudos Judiciários, n. 11, Agosto/2000.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Tribunal Penal Internacional: breve análise do Estatuto de Roma*. Periódico Direito Militar, São Paulo, Editora Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais, 2000.

CLÉMENT, Zlata Drns, *Principio de complementariedad em el Estatuto de la Corte Penal Internacional: incoherencias sistemáticas*, Anuario Argentino de Derecho Internacional, v. 11, Córdoba, 2001/2002.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 3ª edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2003.

CORACINI, Celso Eduardo Faria. *Tribunal Penal Internacional: a nova instituição em seus primeiros passos*. Relatório sobre a 3ª Sessão da Assembléia de Estados-Partes (Assembly of States Parties –ASP) ao Estatuto de Roma em Haia de 06 a 10 de Setembro de 2004. Disponível em: [www.aidpbrasil.com](http://www.aidpbrasil.com). Acesso em 05 de Setembro de 2009.

COSTA, José de Faria. *Direito Penal Especial: Contributo a uma sistematização dos problemas “especiais” da Parte Especial*, Reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

\_\_\_\_\_. *Noções fundamentais de direito penal. Fragmenta iuris poenalis*, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

\_\_\_\_\_. *Tribunal Penal Internacional: um fio de esperança?* Boletim da Ordem dos Advogados nº 21, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.

\_\_\_\_\_. *O Direito Penal e o Tempo (Algumas reflexões dentro do nosso tempo e em redor da prescrição)*. Boletim da Faculdade de Direito, Volume Comemorativo, Universidade de Coimbra, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.



CUEVA, Eduardo. *Impunidad o Justicia? América Latina Frente in Reto de in Corte Penal Internacional*. Disponível em: [www.derechos.org.br](http://www.derechos.org.br). Acesso em 07 de Agosto de 2009.

CUNHA, Guilherme da. *Painel I: As dimensões políticas e humanitárias da criação do Tribunal Penal Internacional*. Revista CEJ, Editora Centro de Estudos Judiciais do Conselho da Justiça Federal, 2000.

D'ANGELO, Walter Gomes. *Direitos Fundamentais e Ponderação de interesses públicos versus interesses privados*. Disponível em: [www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Walter%20Gomes%20DAngelo.pdf](http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Walter%20Gomes%20DAngelo.pdf). Acesso em 20 de Março de 2009.

DELGADO, José Manuel A. de Pina; TIUJO, Liriam Kiyomi. *O princípio da responsabilidade penal individual nos estatutos do Tribunal Militar Internacional de Nurembergue e do Tribunal Penal Internacional*. Separata Direito e Cidadania, ano IV, n. 12/13, Cabo Verde, Mar./Dez. 2001.

\_\_\_\_\_. *Tribunais penais internacionais*. In BARRAL, Welber. *Tribunais Internacionais*. Florianópolis, Fundação Boiteaux, 2004.

DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. 7ª edição, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português: Parte Geral – Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime*, tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

\_\_\_\_\_. *Direito Penal: Parte Geral – As Conseqüências Jurídicas do Crime*, tomo II, reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

DINH, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick, PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*, 2ª edição, tradução de Vitor Marques Coelho, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2003.

DUBOIS, Olivier. *Las jurisdicciones penales nacionales de Ruanda y in Tribunal Internacional*. Revista Internacional de Cruz Roja, n. 144, 1997. Disponível em: [www.icrc.org.br](http://www.icrc.org.br). Acesso em 22 de Agosto de 2009.

FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal*. Porto Alegre, Editora Livro do Advogado, 2005.

FERNANDES, David Augusto. *Tribunal Penal Internacional: a concretização de um sonho*, São Paulo, Editora Renovar, 2006.

FRAGA, Mirto. *O novo estatuto do estrangeiro comentado*. São Paulo, Editora Forense, 1985.

GÁRATE, Elizabeth Salmón; SAAVEDRA, Giovanna Garcia. *Los Tribunales Internacionales que juzgan index: in caso de los tribunales ad hoc para Ex-Yugoslavia y Ruanda y Tribunal*

*Penal Internacional como manifestaciones institucionales de subjetividad internacional y ser humano*. Disponível em: [www.cajpe.org.pe](http://www.cajpe.org.pe). Acesso em 24 de Agosto de 2009.

GARCÍA, Francisco Jiménez. *La Corte Penal Internacional in ROMANI*, Carlos Fernández de Casadevante. *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. 2ª edición, Madrid, Editorial Dilex, 2003.

GEIGER, Hansjörg. *O Tribunal Penal Internacional e os aspectos do novo código penal internacional alemão*. In ALFLEN DA SILVA, Pablo R. *Tribunal Penal Internacional: aspectos fundamentais e o novo Código Penal Internacional alemão*. Porto Alegre, Editora Sérgio Antonio Fabris, 2004.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal: Parte Geral – Introdução*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003

\_\_\_\_\_. *Nasceu o primeiro Tribunal Penal Internacional*. São Paulo, Revista Justilex, 2003.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Direito Internacional Penal: Uma perspectiva dogmático-crítica*. Coimbra, Editora Almedina, 2008.

\_\_\_\_\_. *Manual de Direito Internacional Público: Introdução, fontes, relevância, sujeitos, domínio, garantia*, 3ª edição, actualizada, ampliada, Coimbra, Editora Almedina, 2004.

HALAJEZUK, Bohdan T.; DOMINGUEZ, Maria Teresa Del R. Moya. *Derecho Internacional Público*. 3ª Edição, Sociedad Anónima Editora Comercial, Industrial y Financeira, Buenos Aires, 1999.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Direito Penal Internacional*, São Paulo, Editora Del Rey, 2009.

\_\_\_\_\_. *A Corte Criminal Internacional. Possibilidades de adequação do Estatuto de Roma à ordem constitucional brasileira*. In KOSOVSKI, Ester; ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Estudos em homenagem ao prof. João Marcello de Araújo Junior*, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2001.

\_\_\_\_\_. *O Princípio do Ne Bis In Idem no Direito Penal Internacional*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, volume 4/5, São Paulo, Ano IV, nº4 e Ano V, nº5, 2003-2004.

\_\_\_\_\_. *O Tribunal Penal Internacional – A Internacionalização do Direito Penal*, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2004.

\_\_\_\_\_. *O Tribunal Penal Internacional: dificuldades para sua implementação no Brasil*. Revista da Faculdade Candido Mendes, Rio de Janeiro, Editora Sociedade Brasileira de Instrução, 2003.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *El Tribunal Penal Internacional*. Revista Penal. Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha y Pablo de Olavide, Sevilla, n.8, 2001.

JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal Comentada e legislação Constitucional*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006.

KAMA, Laïty. *Prólogo del Tribunal Penal Internacional para Ruanda*. *Revista Internacional de Cruz Roja*. n. 144, 1997. Disponível em: [www.icrc.org.br](http://www.icrc.org.br). Acesso em: 22 de Agosto de 2009.

KAUL, Hans-Peter. *A Corte Internacional Criminal: a luta pela sua instalação e seus escopos*. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai. *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Batista Machado. São Paulo, Editora Martins Fontes, 2006.

KIRSCH, Philippe; OOSTERVELD, Valerie. *A Comissão Preparatória Pós-Conferência de Roma*. In: AMBOS Kai; CARVALHO, Salo de. *O Direito Penal no Estatuto de Roma*. Rio de Janeiro, Editora Lumen Júris, 2005.

KOSKENNIEMI, Martti, *The Politics of International Law, in The Nature of International Law, The Library of Essays in International Law de Gerry Simpson*, Ashgate Dartmouth, 1990.

KREß, Claus. *O Tribunal Penal Internacional e os Estados Unidos: reflexões sobre a resolução 1422 do Conselho de Segurança das Nações Unidas*. In ALFLEN DA SILVA, Pablo R. *Tribunal Penal Internacional: aspectos fundamentais e o novo Código Penal Internacional alemão*. Porto Alegre, Editora Sérgio Antonio Fabris, 2004.

LEWANDOWSK, Enrique Ricardo. *O Tribunal Penal Internacional: de uma cultura de impunidade para uma cultura de responsabilidade*. Estudos Avançados, São Paulo, Editora Institutos avançados da Universidade de São Paulo, 2002.

LIMA NETA, Maria Lycia Sève de Abreu e. *A Legitimidade e os Reflexos do Tribunal Penal Internacional no ordenamento jurídico brasileiro*. *Revista da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco*, volume 12, n. 26, Pernambuco, Jul./Dez. 2007.

LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. *A Relação Extradicional no Direito Brasileiro*, Belo Horizonte, Editora Del Rey, 2001.

LUISI, Luiz. *Notas sobre o Estatuto da Corte Penal Internacional*. In: KOSOVSKI, Éster.ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Estudos Jurídicos em homenagem ao professor João Marcello de Araújo Júnior*. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2001.

MAIA, Marrielle. *Tribunal Penal Internacional: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementariedade*. Belo Horizonte, Editora Del Rey, 2001.

MARÓN, José Manuel Peláez. *El desarrollo y Derecho Internacional Penal em el siglo XX*. In: SALSEDO, Juan Antonio Carrillo. *La criminalización em la Corte Penal Internacional*. Madrid, Consejo General y Poder Judicial, 2000.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *A Importância do Tribunal Penal Internacional para a proteção internacional dos Direitos Humanos*. Revista Jurídica Unigran, Mato Grosso do Sul, Editora Unigran, 2003.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Internacional Público*, 3ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. *Tratados internacionais: com comentários à Convenção de Viena de 1969*, 2ª edição, ampliada e atualizada, São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2004.

\_\_\_\_\_. *Tribunal Penal Internacional e o Direito Brasileiro*. 2ª edição revisada e atualizada. Coleção Direito e Ciências afins volume 3. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. *O Tribunal Penal Internacional: Integração ao Direito Brasileiro e a sua importância para a Justiça Penal Internacional*. Revista de Informação Legislativa, Brasília-DF, Editora Senado Federal, 2003.

MEIRIM, José Manuel. *Como pesquisar e referir em direito*. Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 2ª edição, revisada e atualizada, São Paulo, Editora Saraiva, 2008.

MIGUEL, João Manuel da Silva. *Tribunal Penal Internacional: o após Roma e as consequências da ratificação*. Revista do Ministério Público, nº 86, ano 22º, São Paulo, Abril – Junho 2001.

\_\_\_\_\_. *O Ministério Público no Tribunal Penal Internacional*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MIRANDA, João Irineu de Resende. *O Tribunal Penal Internacional e Ordem Jurídica Brasileira após a Emenda Constitucional n. 45/04*. Publicatio UEPG. Ponta Grossa, Editora Universidade Estadual de Ponta Grossa, 2005.

MIRANDA, Jorge. *A incorporação no direito interno de instrumentos jurídicos de direito internacional humanitário e direito internacional dos direitos humanos*. Texto produzido pelo autor baseado na conferência proferida no Seminário Internacional “O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira” promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em 29 de Setembro de 1999, no auditório do Superior Tribunal de Justiça, em Brasília, DF, Brasil. Revista Centro de Estudos Judiciários, n. 11, Agosto/2000.

\_\_\_\_\_. *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, 4ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

\_\_\_\_\_. *Sobre o Tribunal Penal Internacional*. Revista da Faculdade de Direito Milton Campos, São Paulo, Editora da Faculdade De Direito Milton Campos, 2004.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição da República Portuguesa Anotada – Tomo I, Art. 1º a 79º*. 1ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

MOCCIA, Sergio. *O Tribunal Penal Internacional: os perfis da legalidade*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 47, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, Mar/Abr. 2004.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada*. 7ª edição, São Paulo, Editora Atlas, 2007.

\_\_\_\_\_. *Direito Constitucional*. 16ª Edição. São Paulo, Editora Atlas, 2004.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Implementação do Estatuto de Roma na América latina*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, n. 152, 2005. Disponível em: [www.aidpbrasil.org.br/Implementa%C3%A7%C3%A3o%20do%20Estatuto%20de%20Roma%20na%20Am%C3%A9rica%20Latina.pdf](http://www.aidpbrasil.org.br/Implementa%C3%A7%C3%A3o%20do%20Estatuto%20de%20Roma%20na%20Am%C3%A9rica%20Latina.pdf). Acesso em 04 de Fevereiro de 2010.

MOREIRA, Vital; LEONOR, Assunção; CAEIRO, Pedro e RIQUITO, Ana Luísa. *O Tribunal Penal Internacional e a Ordem Jurídica Portuguesa*. Coimbra, Editora Coimbra, 2004.

NETO, José Cretella. *Teoria Geral das Organizações Internacionais*. 2ª edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2007.

OSUNA, Ana Salado. *El Estatuto de Roma de in Corte Penal Internacional y los derechos humanos*. In: SALSEDO, Juan Antonio Carrillo . *La criminalización em La Corte Penal Internacional*. Madrid, Consejo General y Poder Judicial, 2000.

PALMA, Maria Fernanda. *Tribunal Penal Internacional e Constituição Penal*. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 11, fascículo 1º, Coimbra, Coimbra Editora, Janeiro-Março 2001.

PALMA, Rodrigo Freitas. *O Estatuto de Roma e a consolidação do Direito Internacional Penal*. Revista Jurídica do Centro de Ensino Superior de Jataí, São Paulo, Editora CESUT, 2004.

PEREIRA, Cláudio José Langroiva e GAGLIARDI, Pedro Luiz Ricardo, *Comunicação Social e a Tutela Jurídica da Dignidade Humana in Tratado Luso – Brasileiro da Dignidade Humana*, Coordenação: Jorge Miranda e Marco Antonio Marques da Silva, São Paulo, Editora Quartier Latin do Brasil, 2008.

PEREIRA, Maria da Assunção do Vale. *Manual de Direito Internacional Público*. 2ª edição, Coimbra, editora Almedina, 2004.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais: Direito Estadual II*. Tradução do original alemão Grundrechte, Staatsrecht II 22., neu bearbeitete Auflage C.F. Müller Verlag. Lisboa, Universidade Lusíada Editora, 2008.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7ª edição revisada, ampliada e atualizada, São Paulo, Editora Saraiva, 2006

PIRES, Francisco Lucas. *Soberania e Autonomia*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. XLIX, Coimbra, Coimbra Editora, 1973.

PITOMBO, Cleunice Valentim Bastos e MOURA. *Anotações sobre o Seminário Internacional: a implementação do Estatuto de Roma no direito interno e outras questões de direito penal internacional*, in Boletim IBCCRIM, Ano 12, nº 139/2-3, São Paulo, 2004.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. *Delito político e terrorismo: uma aproximação conceitual*. São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 89, volume 771, 2000.

QUEIROZ, Cristina. *Direito Internacional e Relações Internacionais*. Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

\_\_\_\_\_. *Direitos Fundamentais (Teoria Geral), Teses e Monografias 4*. Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Editora Coimbra, 2002.

RAMOS, André de Carvalho. *Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira*, in *Tribunal Penal Internacional*, organizado por Fauzi Hassan Choukr e Kai Ambos, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. *Responsabilidade Internacional do Estado por violação de Direitos Humanos*. Brasília, Revista do Centro de Estudos Judiciários, n.29, Abri./Jun. 2005.

REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público – Curso Elementar*, 11ª edição, 4ª tiragem, São Paulo, Editora Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. *Painel VI: Princípio da Complementaridade e soberania*. Revista CEJ, Brasília, Editora Centro de Estudos Judiciais do Conselho da Justiça Federal, v. 4, n. 11, Maio/Ago, 2000.

\_\_\_\_\_. *Tribunal Penal Internacional: Princípio da Complementaridade e Soberania*. In *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*, São Paulo, Editora Quartier Latin, 2009.

RIEZU, Antonio Cuerza; COLOMÉ, Maria Ángeles Ruiz. *Observaciones sobre el Estatuto y Tribunal Penal Internacional*. In: MIR, José Cerezo. *El index código penal: presupostos y fundamentos*. Granada, Editora Comares, 1999.

RODAS, João Grandino. Texto produzido pelo autor baseado na conferência proferida no Seminário Internacional “O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira” promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em 29 de setembro de 1999, no auditório do Superior Tribunal de Justiça, em Brasília, DF, Brasil. Revista Centro de Estudos Judiciários, n. 11, Agosto/2000.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *O Mandado de Detenção Europeu – na via da construção de um sistema penal europeu: um passo ou um salto?* in *Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários*, Instituto de Direito Penal Económico e Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Volume III, Coimbra, Editora Coimbra, 2009.

RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. *A Extradução no Direito Internacional e no Direito Brasileiro*, n. 4, 3ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981.

SABADELL, Ana Lúcia e DIMOULIS, Dimitri. *Tribunal Penal Internacional e Direitos Fundamentais: Problemas de Constitucionalidade*, in Cadernos de Direito, volume 3, n. 5, São Paulo, UNIMEP, 2003.

SABÓIA, Gilberto Vergne. *A criação do Tribunal Penal Internacional*. Texto produzido pelo autor baseado na conferência proferida no Seminário Internacional “O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira” promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em 29 de setembro de 1999, no auditório do Superior Tribunal de Justiça, em Brasília, DF, Brasil. Revista Centro de Estudos Judiciários, n. 11, Agosto/2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3ª edição, atualizada e ampliada, Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado, 2003.

SERRANO, Mário Mendes. *Extradução: regime e prática in Cooperação Internacional Penal: Extradução – Transferência de Pessoas Condenadas*. BUCHO, José Manuel da Cruz; PEREIRA, Luís Silva; AZEVEDO, Maria da Graça Vicente e SERRANO, Mário Mendes. Volume I, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 2000.

SGARBOSSA, Luís Fernando; JENSEN, Geziela. *As opções políticas do Estatuto de Roma e seu impacto em relação ao regime jurídico-constitucional dos direitos fundamentais no Brasil*. Jus Navegandi, ano 10, n. 1152, 27 de Agosto de 2006. Disponível em: [www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8849](http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8849). Acesso em 20 de Setembro de 2009.

SILVA. Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da. *Crimes políticos*. Belo Horizonte, Editora Del Rey, 1993.

SILVA, Cesar Augusto S. da. *O Tribunal Penal Internacional e os Direitos Humanos*. Scientia – Publicação da Pós-Graduação SEDES/UVV. São Paulo, Editora CEPG, 2003.

SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. Texto produzido pelo autor baseado na conferência proferida no Seminário Internacional “O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira” promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em 29 de setembro de 1999, no auditório do Superior Tribunal de Justiça, em Brasília, DF, Brasil. Revista Centro de Estudos Judiciários, n. 11, Agosto/2000.

SILVA, José Afonso da, *Comentário Contextual à Constituição*, 6ª edição, São Paulo, Editora Malheiros, 2009.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de Direito Internacional Público*, São Paulo, Editora Atlas, 2002.

SOARES, João Clemente Baena. *Painel V: Imunidades de Jurisdição e foro por prerrogativa de função*. Revista CEJ, Brasília-DF, Editora Centro de Estudos Jurídicos do Conselho da Justiça Federal, 2000.

SRIVASTAVA, Ojasvita. *The International Criminal Court: The Zeitgeist*. Civil Law Studies: An Indian Perspective, Edit by Anthony D'Souza and Carmo D'Souza. Cambridge Scholars Publishing, 2009.

STEINER, Sylvia Helena F., *O Estatuto de Roma e o Princípio da Legalidade*, in Boletim IBCCRIM, Ano 11, São Paulo, Edição Especial, Out/2003;

\_\_\_\_\_. *O Tribunal Penal Internacional, a pena de prisão perpétua e a Constituição Brasileira. O que é o Tribunal Penal Internacional*. Série ação parlamentar, n. 110, Brasília, Câmara dos Deputados/Coordenação de Publicações, 2000.

STEFANI, Paolo de. *The ICC Prosecutor and the complementarity game in The International Criminal Court: Challenges and Prospects*. The European Inter-University Centre for Human Rights em Democratisation, EIUC, 2005.

SWART, Bert; SLUITER, Göran. *The International Criminal Court and International Criminal Cooperation in Reflections on the International Criminal Court*. Essays in Honour of Adrian Boos, 1999.

TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. *Tribunal Penal Internacional e a Emenda Constitucional 45/04 – Sistema Normativo Brasileiro*, São Paulo, Editora Juruá, 2008.

TRIFFTERER, Otto. *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observer's Notes, Article by Article*, 1999.

URBANO, Maria Benedita. *Representação Política e Parlamento: Contributo para uma Teoria Político-Constitucional do Principais Mecanismos de Protecção do Mandato Parlamentar*. Dissertação de Doutoramento em Ciência Jurídico-Políticas apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Editora Almedina, 2009.

VELOSSO, Ricardo Ribeiro. *O Tribunal Penal Internacional*. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2003.

VIDAL, Hélvio Simões. *Direitos Humanos e o Direito Internacional Penal*. Volume 877, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Texto produzido pelo autor baseado na conferência proferida no Seminário Internacional "O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira" promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em 29 de setembro de 1999, no auditório do Superior Tribunal de Justiça, em Brasília, DF, Brasil. Revista Centro de Estudos Judiciários, n. 11, Agosto/2000.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; PITOMBO, Cleunice Valentim Bastos. *Anotações sobre o Seminário Internacional: A implementação do Estatuto de Roma no Direito interno e outras questões de Direito Penal Internacional*. Boletim



Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ano 12, n. 139, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, Jun. 2004.

## 2. Legislação

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

\_\_\_\_\_. *Constituição (1988). Emenda constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004. Acresce os parágrafos 3º e 4º ao artigo 5º da Constituição Federal. Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 2005.

\_\_\_\_\_. *Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002*. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 05 de Agosto de 2009.

\_\_\_\_\_. Exposição de Motivos Interministerial nº 18 SEDH-PR/MJ/MRE/AGU.

\_\_\_\_\_. Proposição legislativa PL n. 4.038/2008.

\_\_\_\_\_. Anteprojeto de Lei para Cooperação Jurídica Internacional. Disponível em <http://www.uff.br/direito/artigos/anteprojetoidelei.pdf>. Acesso dia 18 de Fevereiro de 2010.

Estatuto de Roma. Disponível em: [www.fd.uc.pt/CI/CEE/OI/TPI/Estatuto\\_Tribunal\\_Penal\\_Internacional.htm](http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/OI/TPI/Estatuto_Tribunal_Penal_Internacional.htm). Acesso em 17 de Novembro de 2009.

PORTUGAL. Lei 31/2004. Disponível em: [www.portolegal.com/TPIlegislPort2004.htm](http://www.portolegal.com/TPIlegislPort2004.htm). Acesso em 22 de Fevereiro de 2010.

## 3. Jurisprudência

Decisão nº 98-408 de 22 de janeiro de 1999. Disponível em <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1998/98408/98408dc.htm>. Acesso em 20 de Janeiro de 2010.

Supremo Tribunal Federal. Extradicação nº 426. Disponível em [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em 19 de Janeiro de 2010.

Supremo Tribunal Federal, Extradicação nº 700 de março de 1998, Relator Octavio Gallotti. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaTraduzida/verJurisprudenciaTraduzida.asp?tpLingua=21&id=250>. Acesso em 29 de Janeiro de 2010.

Supremo Tribunal Federal. Extradicação n.507, Acórdão de 25 de setembro de 1991. Disponível em [WWW.stf.gov.br](http://WWW.stf.gov.br). Acesso em 09 de Janeiro de 2010.

Supremo Tribunal Federal. Extradicação n. 292, Portugal, 31 de março de 1971. Disponível em [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em 09 de Janeiro de 2010.

Supremo Tribunal Federal sobre o Estatuto de Roma. Disponível em [www.stf.gov.br/arquivo/informativo/documento/informativo554.htm#transcricao1](http://www.stf.gov.br/arquivo/informativo/documento/informativo554.htm#transcricao1). Acesso em 10 de Setembro de 2009.

Supremo Tribunal Federal, HC-QO 83.113, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 26.06.2003, Diário de Justiça de 29.8.2003. Disponível em [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em 19 de Janeiro de 2010.

Supremo Tribunal Federal. Extradicação nº855/CHI, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 26.08.2004, Diário de Justiça de 1º.07.2005. Disponível em [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em 04 de Fevereiro de 2010

Supremo Tribunal Federal, Extradicação nº 507 requerida pela República Argentina e Extradicação nº 426 requerida pelos Estados Unidos. Disponível em [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em 19 de Janeiro de 2010.

Supremo Tribunal Federal. RTJ 99/1003, Relator Ministro Leitão de Abreu; Extradicação 313/Argentina, Relator Ministro Luiz Gallotti; PPE 607/República Italiana, Rel. Min. Celso de Mello; RTJ 64/22, Rel. Min. Bilac Pinto; RTJ 184/674, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Pleno; Ext 955-Tutela Antecipada/DF, Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso 27 de Fevereiro de 2010.

Supremo Tribunal de Justiça, processo nº 036129, Relator Vasconcelos de Carvalho. Disponível em <http://www.stj.pt/?idm=43>. Acesso em 29 de Janeiro de 2010.

Supremo Tribunal de Justiça, processo nº 036213, Relator Vasconcelos de Carvalho. Disponível em [nde://www.stj.pt/?idm=43](http://www.stj.pt/?idm=43). Acesso em 29 de Janeiro de 2010.

Supremo Tribunal de Justiça, Acórdão 08P4144, de 01.07.2009, Relator Santos Monteiro, Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/b167f82812bf01f28025755b003c480e?OpenDocument>. Acesso em 29 de Janeiro de 2010.

Supremo Tribunal de Justiça, Acórdão nº 428/09.0YFLSB, 18.06.2009. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/2c8fd0f14a81f163802576350049f062?OpenDocument>. Acesso em 29 de Janeiro de 2010.

Supremo Tribunal de Justiça, nº 1087/09.6YRLSB.S1, de 25.06.2009, Relator Armindo Monteiro, Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/311>. Acesso em 24 de Março de 2010.

Supremo Tribunal de Justiça, nº 42/10.8YFLSB, de 25.02.2010, Relator Manuel Braz, Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/359>. Acesso em 24 de Março de 2010.

Corte Internacional de Justiça – Caso entre a República Democrática do Congo e a Bélgica, que declarou ilegal da detenção belga do ex-ministro das Relações Exteriores do Congo. Disponível em: [www.icj-cij.org/docket/ndex.php?p1=3&p2=3&k=36&case=121&code=cobe&p3=4](http://www.icj-cij.org/docket/ndex.php?p1=3&p2=3&k=36&case=121&code=cobe&p3=4). Acesso em 04 de Janeiro de 2010.

#### 4. Sítios da internet

BBC-BRASIL. Disponível em: [http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2009/03/090304\\_bashirsudaogd.shtml](http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2009/03/090304_bashirsudaogd.shtml). Acesso em 05 de Fevereiro de 2010.

COALITION FOR THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Rede formada por mais de 2.000 ONGs em defesa de um Tribunal Penal Internacional justo, efetivo e independente.* Disponível em: [www.iccnw.org](http://www.iccnw.org). Acesso em 20 de Setembro de 2009.

European Court of Human Rights. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/7510566B-AE54-44B9-A163-912EF12B8BA4/0/PortuguesePortugais.pdf>. Acesso em 24 de maio de 2010.

Folha de São Paulo de 04 de Março de 2009. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u529227.shtml>. Acesso em 18 de Março de 2010.

Revista Público. Disponível em: [http://www.publico.pt/Mundo/tpi-admite-que-o-presidente-do-sudao-venha-a-ser-incriminado-por-genocidio\\_1421085](http://www.publico.pt/Mundo/tpi-admite-que-o-presidente-do-sudao-venha-a-ser-incriminado-por-genocidio_1421085). Acesso em 05 de Fevereiro de 2010.

Organização Mundial da Saúde, setembro de 2004. Disponível em: <http://www.who.int/en/>. Acesso em 08 de Fevereiro de 2010.

## ANEXOS

1. Presidency and Chambers.
2. The ICC at a Glance.
3. Victims before the Court.
4. The Judges of the Court.
5. The Registry.
6. Office of the Prosecutor.
7. Case Jean-Pierre Bemba Gombo n° ICC-01/05-01/08.
8. Case Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui n° ICC-01/04-01/07
9. Case Thomas Lubanga Dyilo n° ICC-01/04-01/06.
10. Case Ahmad Muhammad Harun (“Ahmad Harun”) and Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman (“Ali Kushayb”) n° ICC-01/05-01/08.
11. Case Bahar Idriss Abu Garda n° ICC-02/05-02/09.
12. Case Omar Hassan Ahmad Al Bashir (“Omar Al Bashir”) n° ICC-02/05-01/09.